

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

PRAWO ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH

KOMENTARZ

pod redakcją Tomasza Czajkowskiego

Urząd Zamówień Publicznych
Warszawa 2004

Autorzy poszczególnych części

DZIAŁ I

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

Rozdział 2 – *Tomasz Kwieciński*

Rozdział 3 – *Aleksander Stawicki*

DZIAŁ II

Rozdział 1 – *Jerzy Baehr*

Rozdziały 2, 4 – *Waldemar Łysakowski*

Rozdział 3

 Oddział 1–6 – *Tomasz Kwieciński*

 Oddział 7 – *Włodzimierz Dzierżanowski*

Rozdział 5 – *Włodzimierz Dzierżanowski*

DZIAŁ III

Rozdziały 1, 2, 4 – *Włodzimierz Dzierżanowski*

Rozdział 3 – *Jerzy Baehr*

DZIAŁ IV

Jerzy Baehr

DZIAŁ V

Rozdziały 1–5 – *Tomasz Czajkowski*

DZIAŁ VI

Rozdziały 1–4 – *Waldemar Łysakowski*

DZIAŁ VII

Jerzy Baehr, Tomasz Kwieciński, Jan Roliński

DZIAŁ VIII

Jan Roliński

DZIAŁ IX

Jerzy Baehr, Tomasz Kwieciński, Jan Roliński

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH KOMENTARZ

Pod redakcją Tomasza Czajkowskiego

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

Departament Szkoleń i Wydawnictw

www.uzp.gov.pl

e-mail: szkolenia@uzp.gov.pl

ISBN 83-88686-60-7

© Urząd Zamówień Publicznych
Warszawa 2004 r.

Szanowni Państwo,

Od ponad pół roku obowiązuje uchwalone przez Sejm w styczniu 2004 r. Prawo zamówień publicznych. To dobre, przyjazne prawo i zapewne dlatego równie dobrze zostało przyjęte zarówno przez zamawiających, jak i przez wykonawców. Powstało w wyniku pracy wielu ludzi – pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, ekspertów, przedstawicieli najważniejszych środowisk uczestniczących w systemie zamówień publicznych. Tak jak nigdy przedtem projekt nowych przepisów dotyczących zamówień publicznych powstawał przy otwartej kurtynie, był dyskutowany, konsultowany i uzgadniany podczas kilkudziesięciu spotkań, w których uczestniczyły setki osób. Bardzo dobrze przebiegały też prace parlamentarne. Przewodniczący sejmowej Komisji Gospodarki przemawiając podczas plenarnego posiedzenia Sejmu stwierdził, że zamknięcie prac nad ustawą w krótkim czasie było możliwe wyłącznie dzięki zgodnemu, konstruktywnemu współdziałaniu posłów ze wszystkich klubów, „od lewa, po prawo”. Tak, jak wszystkie poprzednie regulacje dotyczące tej materii, Prawo zamówień publicznych uchwalone zostało ponad podziałami politycznymi, zdecydowaną większością głosów.

Pierwsze doświadczenia związane z funkcjonowaniem nowych przepisów są obiecujące. Wyraźne efekty przyniosło zwiększenie zakresu decentralizacji systemu zamówień publicznych; wzrosła samodzielność decyzyjna zamawiających, ograniczona została biurokracja. O kilkadziesiąt procent zmniejszyła się liczba wniosków kierowanych do Prezesa Urzędu i o tyleż samo zmniejszyła się liczba wydawanych przez niego decyzji administracyjnych. Nowe instytucje kontrolne – obserwator oraz kontrola ex ante pozwoliły w porę zapobiec niekorzystnym skutkom uchybień i naruszeń prawa podczas kilkudziesięciu postępowań. Głęboką reformę przeszedł system rozstrzygania sporów, odnowiona została lista arbitrów rozpatrujących odwołania, Rada Zamówień Publicznych określiła obowiązujące ich zasady etyki.

Są to dobre i obiecujące zapowiedzi, stanowią jednakże dopiero początek drogi. Jakie będą pełne efekty stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych przekonamy się zapewne dopiero za kilka lat. Na dzisiaj natomiast sprawą niezwykle ważną jest, aby od początku było ono w pełni rozumiane i jak najlepiej stosowane. Istotne jest przy tym, aby rozumienie i stosowanie zapisanych w nim norm było jednolite i jednoznaczne, bez prób wyinterpretowania dogodnych dla siebie rozwiązań. W przeszłości, przy stosowaniu przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, zbyt często zdarzały się takie sytuacje. Żadnego prawa nie wolno traktować instrumentalnie, jednakże w odniesieniu do przepisów dotyczących zamówień publicznych jest to szczególnie niebezpieczne i szkodliwe. Są to bowiem regulacje szczególne, które w żadnym przypadku nie mogą być interpretowane, a tym bardziej stosowane zależnie od okoliczności czy interesu interpretatora.

Kierując się tymi racjami Urząd Zamówień Publicznych wydał Komentarz, który dziś przekazujemy w Państwa ręce. Stanowi on wynik pracy zbiorowej, na który złożyła się wiedza oraz doświadczenia każdego z Autorów jego poszczególnych części, ale również blisko dziesięcioletni dorobek Urzędu w zakresie stosowania ustawy o zamówieniach publicznych. Uwzględnia także opinie prawne wydane dotychczas przez Urząd w odniesieniu do niektórych instytucji czy przepisów Prawa zamówień publicznych.

Wydanie Komentarza do przepisów normujących problematykę zamówień publicznych to pierwsza tego rodzaju inicjatywa Urzędu. Odpowiada na ogromne zapotrzebowanie istniejące w tym zakresie oraz na liczne wnioski, kierowane do nas w tej sprawie. Mam nadzieję, że spełni on Państwa oczekiwania, że okaże się przydatny, przybliży nowe Prawo zamówień publicznych, ułatwi codzienne posługiwanie się nim, uchroni przed błędami i pomyłkami przy jego stosowaniu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Warszawa, październik 2004 r.

Wykaz używanych skrótów

Źródła prawa

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

Organy orzekające i kontrolne, organy administracji państwowej

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

Instytucje europejskie i międzynarodowe

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

Inne skróty

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

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	4
Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych	9
Dział I. Przepisy ogólne	
Rozdział 1. Przedmiot regulacji	11
Art. 1–6	
Rozdział 2. Zasady udzielania zamówień	67
Art. 7–10	
Rozdział 3. Ogłoszenia	78
Art. 11–13	
Dział II. Postępowanie o udzielenie zamówienia	
Rozdział 1. Zamawiający i wykonawcy	86
Art. 14–28	
Rozdział 2. Przygotowanie postępowania	111
Art. 29–38	
Rozdział 3. Tryby udzielania zamówień	138
Oddział 1. Przetarg nieograniczony	138
Art. 39–46	
Oddział 2. Przetarg ograniczony	154
Art. 47–53	
Oddział 3. Negocjacje z ogłoszeniem	162
Art. 54–60	
Oddział 4. Negocjacje bez ogłoszenia	172
Art. 61–65	
Oddział 5. Zamówienie z wolnej ręki	178
Art. 66–68	
Oddział 6. Zapytanie o cenę	191
Art. 69–73	
Oddział 7. Aukcja elektroniczna	195
Art. 74–81	
Rozdział 4. Wybór najkorzystniejszej oferty	207
Art. 82–95	
Rozdział 5. Dokumentowanie postępowań	236
Art. 96–98	

Dział III. Przepisy szczególne

Rozdział 1. Konkurs	243
Art. 99–117	
Rozdział 2. Udzielanie i wykonywanie koncesji na roboty budowlane	266
Art. 118–121	
Rozdział 3 Zamówienia sektorowe	273
Art. 122–135	
Rozdział 4. Postępowanie na zasadach szczególnych	297
Art. 136–138	

Dział IV. Umowy w sprawach zamówień publicznych	303
Art. 139–151	

Dział V. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Rozdział 1. Zakres działania	325
Art. 152–156	
Rozdział 2. Rada Zamówień Publicznych	338
Art. 157–160	
Rozdział 3. Kontrola udzielania zamówień	343
Art. 161–171	
Rozdział 4. Arbitrzy	366
Art. 172–176	
Rozdział 5. Obserwator	377
Art. 177–178	

Dział VI. Środki ochrony prawnej

Rozdział 1. Przepisy wspólne	382
Art. 179	
Rozdział 2. Protest	386
Art. 180–183	
Rozdział 3. Odwołanie	394
Art. 184–193	
Rozdział 4. Skarga do sądu	411
Art. 194–198	

Dział VII. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy	418
Art. 199–203	

Dział VIII. Zmiany w przepisach obowiązujących	426
Art. 204–219	
Dział IX. Przepisy przejściowe i końcowe	434
Art. 220–227	
Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 z póź. zm.) (tekst ujednolicony przez Urząd Zamówień Publicznych)	439
Przepisy wykonawcze do ustawy Prawo zamówień publicznych	517
1. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 49, poz. 470)	519
2. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 8 marca 2004 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 40, poz. 356)	520
3. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów (Dz. U. z 2004 r. Nr 48, poz. 461)	521
4. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2004 r. w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2004 r. Nr 48, poz. 460)	522
5. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. z 2004 r. Nr 49, poz. 468)	614
6. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2004 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach publicznych oraz jego wzoru (Dz. U. z 2004 r. Nr 50, poz. 479)	616
7. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 marca 2004 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2004 r. Nr 56, poz. 547)	623
8. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu przeprowadzania konkursu na kandydatów na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, sposobu powoływania komisji konkursowej oraz wymagań wobec jej członków (Dz. U. z 2004 r. Nr 56, poz. 546)	637

9. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 646)	640
10. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. z 2004 r. Nr 71, poz. 645)	688
11. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wyznaczania obserwatora, wykonywania czynności obserwatora oraz wysokości wynagrodzenia za czynności obserwatora (Dz. U. z 2004 r. Nr 75, poz. 703)	691
12. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakresu egzaminu (Dz. U. z 2004 r. Nr 98, poz. 997)	693
13. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz.1389)	699
14. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072)	714
Zasady etyki arbitra	723
Wykaz cytowanych oraz powoływanych aktów prawnych	
Prawo polskie	729
Prawo europejskie	732
Bibliografia	734

KOMENTARZ DO USTAWY

z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177, Nr 96, poz. 959,
Nr 116, poz. 1207 i Nr 145, poz. 1537)

Dział I Przepisy ogólne

Rozdział 1 Przedmiot regulacji

Art. 1. [Zakres regulacji]

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

1. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zastąpiła obowiązującą od 1 stycznia 1995 r. ustawę z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹. Przepisy Pzp weszły w życie 2 marca 2004 r., po upływie bardzo krótkiego, bo zaledwie dwudziestojednodniowego, okresu *vacatio legis*. Za przyjęciem nowego Prawa zamówień publicznych przemawiały dwie zasadnicze okoliczności. Pierwszą z nich była niedoskonałość istniejącej regulacji spowodowana w głównej mierze jej częstymi nowelizacjami. Drugą, równie istotną, była konieczność zakończenia procesu pełnej harmonizacji przepisów polskiego prawa z wymogami prawa wspólnotowego. Uzp spełniała w dużym stopniu wymogi prawa europejskiego, w szczególności dotyczące zakresu podmiotowego, dostępu do informacji o udzielanych zamówieniach (publikacja ogłoszeń), uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania oraz dostępności środków odwoławczych. Jednocześnie jednak istniały pewne rozbieżności, m.in. w zakresie klasyfikacji zamówień, zasad opisu i szacowania przedmiotu zamówienia, warunków uczestnictwa w postępowaniu. Nie wdrożono także do polskiego systemu zamówień publicznych części instytucji prawnych przewidzianych w przepisach dyrektyw, takich jak koncesje na roboty budowlane, atestacja czy koncyliacja. Od pełnego dostosowania polskiego prawa w zakresie zamówień publicznych do wymogów dyrektyw uzależniony był nieograniczony dostęp polskich przedsiębiorców do europejskiego rynku zamówień (przetargów organizowanych w krajach Unii Europejskiej), a także możliwość wydatkowania przez polskie podmioty środków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Zgodnie z wielokrotnie prezentowanym stanowiskiem Komisji Europejskiej wydatkowanie środków pochodzących z funduszy strukturalnych dla państw członkowskich powinno następować wyłącznie w oparciu o przepisy krajowe, które muszą być w tym zakresie w pełni zgodne z prawem wspólnotowym.
2. Pzp uwzględnia następujące akty z zakresu *acquis communautaire*:
 - Dyrektywę Rady 93/37/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane²,

¹ Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664 z późn. zm.

² Dz. Urz. WE Nr L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s. 54.

- Dyrektywę Rady 93/36/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy¹,
- Dyrektywę Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi²,
- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z 13 października 1993 r. zmieniającą dyrektywę 92/50/EWG, dyrektywę 93/36/EWG oraz dyrektywę 93/37/EWG dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych odpowiednio na usługi, dostawy oraz roboty budowlane³,
- Dyrektywę Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych⁴,
- Dyrektywę Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji⁵,
- Dyrektywę Rady 93/38/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynującą procedury udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji⁶,
- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z 16 lutego 1998 r. zmieniającą dyrektywę 93/38/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji⁷,
- Dyrektywę Komisji 2001/78/WE z 13 września 2001 r. zmieniającą Aneks IV do dyrektywy Rady 93/36/EWG, Aneksy IV, V, VI do dyrektywy Rady 93/37/EWG, Aneksy III, IV do dyrektywy Rady 92/50/EWG zmienionej przez dyrektywę 97/52/WE, oraz Aneksy od XII do XV i od XVII do XVIII do dyrektywy Rady 93/38/EWG zmienionej przez dyrektywę 98/4/WE⁸,
- Rozporządzenie Nr 2195/2002/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)⁹.

3. W pracach nad Pzp zostały ponadto wykorzystane niektóre rozwiązania zawarte w projektach nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych¹⁰. Dyrekty-

¹ Dz. Urz. WE Nr L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s. 1.

² Dz. Urz. WE Nr L 209 z 9 lipca 1992 r., s. 1.

³ Dz. Urz. WE Nr L z 28 listopada 1997 r., s. 1.

⁴ Dz. Urz. WE Nr L 395 z 30 grudnia 1989 r., s. 33.

⁵ Dz. Urz. WE Nr L 76 z 23 marca 1992 r., s. 13.

⁶ Dz. Urz. WE Nr L 101 z 1 kwietnia 1998 r., s. 1.

⁷ Dz. Urz. WE Nr L 101 z 1 kwietnia 1998 r., s. 1.

⁸ Dz. Urz. WE Nr L 285 z 29 października 2001 r.

⁹ Dz. Urz. WE Nr L 340 z 16 grudnia 2002 r.

¹⁰ Uwzględniono rozwiązania zawarte w projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane (COM2000/275) oraz projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (COM2000/276).

wy te zostały ostatecznie przyjęte 31 marca 2004 r. Opublikowano je w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej L 134 z dnia 30 kwietnia 2004 (dyrektywa „klasyczna” oznaczona jest jako dyrektywa 2004/18/EC, dyrektywa „sektorowa” jako 2004/17/EC). Dyrektywy te stanowią trzecią już generację przepisów prawa wspólnotowego regulujących problematykę zamówień publicznych.¹ Celem ich przyjęcia było uproszczenie dotychczas obowiązujących regulacji, ich „modernizacja”, czyli dostosowanie do współczesnych potrzeb administracji, wprowadzenie regulacji umożliwiających łatwiejsze stosowanie zamówień elektronicznych oraz uwzględnienie w zamówieniach publicznych aspektów społecznych i ekologicznych. Nowe dyrektywy powinny zostać implementowane do przepisów prawa krajowego nie później niż do 31 stycznia 2006 r., co oznacza, że najpóźniej do tej daty niezbędne zmiany będą musiały zostać wprowadzone także do przepisów Pzp².

4. Nadanie nowej ustawie rangi „Prawa” podkreśla jej znaczenie w systemie przepisów prawa polskiego oraz kompleksowy charakter zawartych w niej regulacji³. Tworząc nową ustawę zakładano całościowe uregulowanie problematyki zamówień publicznych w jednym akcie prawnym. Konsekwencją przyjęcia takich założeń było przeniesienie do Pzp przepisów zawartych w kilku aktach wykonawczych do ustawy o zamówieniach publicznych, w tym między innymi:
- rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 16 kwietnia 2002 r. w sprawie prowadzenia postępowań o zamówienia publiczne na zasadach szczególnych⁴,
 - rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16 lipca 2002 r. w sprawie zabezpieczenia należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne⁵,
 - rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 29 października 2002 r. w sprawie konkursu na twórcze prace projektowe⁶,
 - części rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielanie zamówień publicznych⁷,

¹ Pierwszą generację stanowiły dyrektywy 71/304, 71/305 oraz 77/62, przyjęte w latach 70. ubiegłego stulecia. Kolejny etap rozwoju wspólnotowych regulacji dotyczących zamówień publicznych stanowiły dyrektywy 92/50, 93/36, 93/37 oraz 93/38, przyjęte w latach 90. ubiegłego stulecia.

² Szerzej na temat nowych dyrektyw porównaj D. Piasta „Nowe dyrektywy dotyczące zamówień publicznych”, w *Zamówienia Publiczne Doradca*, Nr 2 z 2004 r., s. 20 i nast.

³ Ranga „Prawa” zastrzeżona jest zasadniczo dla aktów regulujących w sposób kompleksowy określoną dziedzinę – np. ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, regulujące kwestie związane z polityką energetyczną państwa i działalnością w sektorze energetycznym, ustawa z dnia 21 lipca 2001 r. – Prawo telekomunikacyjne, regulująca kwestie związane ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych, ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne, regulująca w sposób kompleksowy kwestie związane z produkcją, obrotem, reklamą itp. produktów leczniczych.

⁴ Dz. U. Nr 55, poz. 475.

⁵ Dz. U. Nr 115, poz. 1002.

⁶ Dz. U. Nr 188, poz. 1574.

⁷ Dz. U. Nr 85, poz. 772.

- części rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie szczegółowych zasad powoływania członków komisji przetargowej oraz trybu jej pracy¹.
5. W Pzp zawarte są normy o różnym charakterze. Największą grupę stanowią przepisy o charakterze materialnoprawnym, które odnoszą się do wszystkich spraw związanych z udzielaniem zamówień (przygotowanie i przeprowadzenie postępowania). Przepisy odnoszące się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych należy zaliczyć do norm ustrojowych. Z kolei przepisy dotyczące protestów i odwołań mają charakter norm proceduralnych. Do spraw uregulowanych w Pzp mają zastosowanie także przepisy innych ustaw. I tak, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Przepisy Kc mają także zastosowanie do umów w sprawach zamówień. W tym zakresie Pzp ma charakter *lex specialis* w stosunku do przepisów tego kodeksu. Jednocześnie, w Kc zawarte są przepisy dotyczące aukcji oraz przetargów (art. 70¹ do 70⁵) oraz negocjacji (art. 72 i 72¹), które będą miały zastosowanie do wszystkich postępowań przetargowych i negocjacyjnych organizowanych w przypadkach, w których przepisy Pzp nie znajdują zastosowania (np. do procedury o udzielenie zamówienia na usługi organizowanej przez zamawiającego sektorowego, w której wartość zamówienia nie przekracza równowartości 400 000 euro). Przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego (przepisy o sądzie polubownym) oraz w przypadku postępowań toczących się w wyniku wniesienia skargi na orzeczenie zespołu arbitrów (przepisy dotyczące apelacji). Do postępowania przed Prezesem Urzędu będą z kolei miały zastosowanie, choć Pzp nie stanowi tego wprost, przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Przepisy Kpa będą także miały zastosowanie do nakładania kar pieniężnych za naruszenie przepisów Pzp.
6. Ponieważ wejście w życie przepisów ustawy zbiega się z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, należy zastanowić się nad wzajemną relacją jej przepisów i przepisów prawa wspólnotowego, przede wszystkim postanowień zawartych w Dyrektywach. Podstawę do wydawania Dyrektyw stanowi art. 249 Traktatu²,

¹ Dz. U. Nr 82 poz. 743.

² Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą przyjęty w Rzymie 25 marca 1957 r., Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2, a także: Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej, przyjęty w Rzymie 25 marca 1957 r., Dz. U. z 2004 r. Nr 90 poz. 864/3, Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali, przyjęty 18 kwietnia 1951 r. (EWWiS), (wygaśł 23 lipca 2002 r.). Zmieniane następnie wielokrotnie, w szczególności poprzez: Jednolity Akt Europejski (Dz. U. z 2004 r. Nr 90 poz. 864/5), Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90 poz. 864/30), Traktat z Amsterdamu, zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (Dz. U. z 2004 r. Nr 90 poz. 864/31), Traktat z Nicei, zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (Dz. U. 2004 r. Nr 90 poz. 864/32). Numeracja artykułów jaka jest obecnie używana pochodzi ze stanowiącej załącznik do traktatu nicejskiego jednolitej wersji Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

zgodnie z którym: „Dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.” Na postawie powyższego przepisu przyjmuje się, że dyrektywy wymagają wprowadzenia do prawa krajowego. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynika jednocześnie, że niektóre postanowienia dyrektyw mogą mieć skutek bezpośredni (tzw. „direct effect”). Warunkiem jest ich wyraźne i bezwarunkowe sformułowanie, tak, aby postanowienia te mogły być stosowane niezależnie od przepisów krajowych. Przepisy takie wywołują skutki dla podmiotów prawa także w sytuacji, w której przepis dyrektywy nie został inkorporowany do przepisów prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub gdy uczyniono to w sposób niewłaściwy. W takim przypadku można powoływać się bezpośrednio na przepisy dyrektyw dochodząc swoich praw w toku procedury sądowej. Jednocześnie wszystkie organy administracji publicznej i samorządowej zobowiązane są do respektowania bezpośrednio obowiązujących przepisów dyrektyw, niezależnie od postanowień prawa krajowego w tym zakresie. Wypowiadając się na temat skutku bezpośredniego dyrektyw dotyczących zamówień publicznych ETS stwierdził, że skutek taki wywierają m.in. postanowienia dotyczące:

- zakresu podmiotowego i przedmiotowego dyrektyw oraz procedur,
- wyboru procedury,
- kryteriów wyboru oferty,
- kryteriów kwalifikacji wykonawców¹.

7. Poza przepisami Dyrektyw, bezpośrednie zastosowanie do procedur udzielenia zamówienia mają ogólne postanowienia Traktatu². Co więcej, będą one miały zastosowanie także do tych procedur, które (np. z uwagi na podprogową wartość zamówienia), choć uregulowane w Pzp, nie mają oparcia w przepisach Dyrektyw oraz tych procedur, które z różnych względów nie będą podlegać przepisom Pzp. Najważniejsze z postanowień Traktatu to: art. 6 (zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość), art. 23–31 (stanowiące zasadę swobodnego przepływu towarów), art. 43–48 (stanowiące swobodę przedsiębiorczości), art. 49–55 (stanowiące swobodę przepływu usług), art. 82 (zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku), art. 86 (odnoszący się do przedsiębiorstw publicznych oraz przedsiębiorstw, którym państwo przyznaje szczególne i wyłączne prawa) oraz art. 87 (dotyczący pomocy publicznej dla przedsiębiorców).³ Przykładowo,

¹ Por. na ten temat publikację Urzędu Zamówień Publicznych „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej”, Warszawa 2001, s. 17.

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

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

w orzeczeniach w sprawach Dundalk (C-45/87) oraz Storebaelt (C-243/89) Trybunał zakwestionował zgodność z przepisami Traktatu zawartych w zaproszeniach do składania ofert klauzul, który w różny sposób preferowały produkty pochodzące z określonego państwa członkowskiego (np. poprzez wprowadzenie wymogu zgodności z irlandzką normą (Dundalk) albo poprzez wprowadzenie wymogu korzystania w największym możliwym stopniu z duńskich surowców, dóbr i materiałów (Storebaelt)). Odrębną kwestią jest to, w odniesieniu do jakich podmiotów możliwe jest powoływanie się bezpośrednio na postanowienia traktatu. W doktrynie przyjmuje się zasadniczo, że dotyczy to działań wszystkich podmiotów zaliczonych do „zamawiających” na gruncie Dyrektyw klasycznych. Wydaje się, że także niektóre podmioty objęte zakresem zastosowania Dyrektywy sektorowej (organy władzy publicznej oraz przedsiębiorstwa publiczne) mogą być bezpośrednimi adresatami norm zawartych w Traktacie¹.

8. Wspólnota Europejska (włączając wszystkie jej państwa członkowskie) jest stroną międzynarodowej umowy dotyczącej zamówień publicznych tzw. Porozumienia w sprawie Zamówień Rządowych (ang. Government Procurement Agreement, skrót – GPA). Przepisy GPA oparte są na zasadzie równego i niedyskryminacyjnego traktowania dostawców i wykonawców z poszczególnych państw – stron umowy. Przepisy Porozumienia dotyczą jednocześnie jedynie zamówień o wartościach przekraczających progi wyrażone w jednostce rozliczeniowej Międzynarodowego Funduszu Walutowego – SDR² (130 000 SDR, 200 000 SDR lub 5 000 000 SDR – progi te odpowiadają co do zasady progom przyjętym w dyrektywach). Od 1 maja 2004 r., w związku z akcesją do Unii Europejskiej zamówienia publiczne udzielane w Polsce zostały objęte zakresem postanowień GPA. Ponieważ jednak w UE postanowienia GPA zostały wdrożone do porządku prawnego poprzez postanowienia Dyrektyw, objęcie krajowych procedur wymogami GPA nie będzie miało większych praktycznych konsekwencji³. Dodatkowym wiążącym się z tym wymogiem jest jedynie wskazanie w ogłoszeniu czy zamówienie jest objęte GPA⁴. To, czy dane zamówienie będzie objęte porozumieniem zależne będzie od jego wartości oraz od osoby zamawiającego⁵.

¹ Szerzej na ten temat pisze A. Sołtysińska w „Zamówienia publiczne...”, s. 11 i nast.

² Ang. *special drawing rights*.

³ Por. także punkt 7 Preambuły do nowej dyrektywy sektorowej oraz art. 5 tej dyrektywy.

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

⁵ Szczegółowe informacje na ten temat podaje D. Piasta w „Informacji na temat postanowień Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA) Światowej Organizacji Handlu”, Informator UZP nr 4/2004.

Art. 2. [Definicje]

Ilekroć w ustawie jest mowa o:

- 1) cenie – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z 2002 r. Nr 144, poz. 1204 oraz z 2003 r. Nr 137, poz. 1302);
- 2) dostawach – należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu;
- 3) kierowniku zamawiającego – należy przez to rozumieć osobę lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego;
- 4) koncesji na roboty budowlane – należy przez to rozumieć zamówienia publiczne na roboty budowlane, z tym że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą;
- 5) najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;
- 6) ofercie częściowej – należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego;
- 7) ofercie wariantowej – należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego;
- 8) robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016), a także wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane przez osobę trzecią, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;
- 9) środkach publicznych – należy przez to rozumieć środki publiczne w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 10) usługach – należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy;
- 11) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego;

- 12) zamawiającym – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązującą do stosowania ustawy;**
- 13) zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.**

1. Art. 2 ustawy tworzy tzw. „słowniczek wyrażeń ustawowych”. Zawarte są w nim definicje legalne najważniejszych pojęć występujących w przepisach Pzp. Tym samym artykuł ten jest jednym z kluczowych narzędzi umożliwiających prawidłową wykładnię całości przepisów ustawy. Definicje zawarte w „słowniczku” dzielą się na dwie podstawowe kategorie. W części przypadków ustawodawca wprowadził definicje, które pewnym terminom nadają autonomiczne znaczenie, odrębne od znaczenia nadanego im w przepisach innych ustaw, czy też znaczenia wynikającego z praktyki gospodarczej (np. „dostawy”, „usługi”). W innych przypadkach uznano, że niecelowe jest normatywne ustalanie nowych znaczeń na potrzeby zamówień publicznych (np. „cena”, „środki publiczne”), bowiem są one wystarczająco unormowane w innych aktach prawnych, do których ustawa odsyła *expressis verbis*. Część definicji, których charakter uzasadniałby ich umieszczenie w słowniczku została zawarta w dalszych przepisach Pzp. Rozwiązanie takie zostało przyjęte ponieważ tak definiowane terminy mają zastosowanie ograniczone do wybranych jednostek redakcyjnych ustawy (por. np. art. 99, w którym została zawarta definicja „konkursu” czy też art. 124 ust. 2, w którym zawarta została definicja „umowy ramowej”)¹.
2. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach² ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W tak rozumianej cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Wspomniana ustawa definiuje także pojęcie ceny jednostkowej, pod którym rozumie się cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach. Z przepisu tego wynika w związku z tym, że co do zasady pod pojęciem „ceny” należy na gruncie przepisów Pzp rozumieć tzw. cenę brutto (a więc z naliczonym podatkiem VAT). Oznacza to, że taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert.

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

² Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.

3. Dokonując interpretacji definicji „ceny” zawartej w przepisach Pzp należy pamiętać, że pojęcia występujące w ustawie o cenach nie są tożsame z pojęciami występującymi na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych. Dotyczy to przesądzenia w ustawie o cenach, iż cena jest wartością, „którą kupujący jest zobowiązany zapłacić za towar lub usługę”. Sformułowanie to nie oznacza, iż definicja ta może mieć zastosowanie jedynie do wybranych rodzajów dostaw (dostaw towarów) lub usług. Jest wręcz przeciwnie, definicja „ceny” znajduje zastosowanie do wszelkich rodzajów dostaw, usług i robót budowlanych w rozumieniu przepisów Pzp. Podobnie, nie jest właściwe uwzględnianie w procesie interpretacji tego fragmentu definicji, w którym mowa jest o kwocie, jaką „kupujący obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę”. Definicja ceny będzie miała pełne zastosowanie także do tych przypadków, w których wykonawcą zamówienia będzie podmiot nie będący przedsiębiorcą.
4. Jak wskazano powyżej cena o jakiej mowa w Pzp jest ceną brutto. W tym kontekście także ceny podane w ofertach będą cenami brutto. Tymczasem zgodnie z art. 32 ust.1 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Różnica pomiędzy tymi pojęciami może mieć praktyczne znaczenie w przypadkach, w których wartość zamówienia (bez VAT) określona jest w wysokości podprogowej, a cena oferty ze względu na podatek VAT i akcyzę przekracza ten próg. W takim wypadku nie można postawić zamawiającemu zarzutu niezastosowania przepisów Pzp do udzielenia zamówienia¹.
5. Pzp, podobnie jak to było w przypadku ustawy o zamówieniach publicznych, zawiera autonomiczną definicję „dostaw”. Odbiega ona od pojęcia dostawy uregulowanego w art. 605 Kc, zgodnie z którym „przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo periodycznie, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny”. Rozbieżności dotyczą w pierwszej kolejności braku obowiązku wytworzenia rzeczy. Dlatego też przepisom Pzp dotyczącym dostaw podlega także dostarczanie produktów i innych dóbr zakupionych u ich producentów, a dostarczanych przez pośredników. Tym samym (poza szczególnymi wypadkami) nie jest dopuszczalne, co czasami ma miejsce w praktyce zamówień publicznych, ograniczanie kręgu podmiotów, które mogą się ubiegać o zamówienie wyłącznie do wytwórców rzeczy (innego dobra). Definicja zawarta w Pzp nie akcentuje także wielokrotności dostarczania jako niezbędnego elementu dostawy. Stąd pod pojęciem „dostawy” będą się mieścić zarówno przypadki dokonywania pojedynczych zakupów, jak i zamówienia na co najmniej kilkakrotne dostarczanie surowców, produktów i innych rzeczy. Potwierdzenie takiego rozumienia tego pojęcia można znaleźć np. w art. 34 ust. 1, w którym określono metody obliczania wartości zamówienia na „dostawy

¹ Por. także komentarz do art. 32.

(i usługi) powtarzające się okresowo”. *A contrario*, należy uznać, że mogą występować także dostawy, które się nie powtarzają.

6. Kolejną istotną różnicą jest to, iż przedmiotem kodeksowej „dostawy” mogą być wyłącznie rzeczy oznaczone co do gatunku. Przedmiotem dostawy w rozumieniu przepisów Pzp mogą być natomiast rzeczy, prawa oraz inne dobra. Zgodnie z art. 45 Kc rzeczami są przedmioty materialne. Dodatkowo, cechą rzeczy jako przedmiotów stosunków cywilnoprawnych jest ich wyodrębnienie oraz możliwość samodzielnego występowania w obrocie. Za dostawę w rozumieniu przepisów Pzp należy także uznać przeniesienie praw. Dotyczyć to będzie w szczególności autorskich praw majątkowych. Kwestie związane z przeniesieniem tych praw regulują przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹. Do „innych dóbr”, o jakich mowa w komentowanym przepisie należy zaliczyć tylko te „przedmioty niematerialne”, które mogą uczestniczyć w obrocie. W grupie tej znajdzie się przede wszystkim energia, np. elektryczna, jądrowa, ciepła. W ujęciu Kc różnorodne postaci energii nie są rzeczami, nie mogą być zatem przedmiotem własności i innych praw rzeczowych. Ponieważ jednak mają charakter mierzalny, dlatego też uczestniczą w obrocie cywilnoprawnym (zob. np. art. 555 Kc, który nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów o sprzedaży rzeczy do sprzedaży energii)².
7. Tak skonstruowana definicja dostaw jest zbliżona do definicji przyjętej w Dyrektywie 93/36/EWG, zgodnie z którą „zamówieniami publicznymi na dostawy są umowy o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej pomiędzy dostawcą a zamawiającym (...), których przedmiotem jest kupno, kupno na raty, dzierżawa, najem, leasing z opcją lub bez opcji zakupu produktów”³. Definicja zawarta w Dyrektywie wskazuje jednocześnie, że dostawa może obejmować czynności związane z rozmieszczeniem i instalacją. Na gruncie przepisów Pzp problem ten reguluje art. 6 ust. 2, zgodnie z którym jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi polegające na rozmieszczeniu lub instalacji dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw.
8. W definicji dostawy ustawodawca odwołał się do szeregu umów, na podstawie których można nabywać rzeczy, prawa i inne dobra. Są to umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Najczęściej stosowaną umową jest umowa sprzedaży, przez którą sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego

¹ Dz. U. z 2000 r., Nr 80, poz. 904, tekst jednolity.

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

³ Niemal identyczna definicja zawarta jest w art. 1 ust. 2 pkt (c) nowej dyrektywy klasycznej.

własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się do odebrania rzeczy i zapłaty ceny (art. 535 Kc). Umowa dostawy została już scharakteryzowana powyżej. Na mocy umowy najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać rzecz najemcy do używania przez czas oznaczony lub nie oznaczony, a najemca zobowiązuje się uiszczać wynajmującemu umówiony czynsz (art. 659 Kc). Na podstawie umowy dzierżawy, wdzierżawiający zobowiązuje się oddać rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się do uiszczania umówionego czynszu (art. 693 Kc). Wreszcie poprzez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu, w uzgodnionych ratach, wynagrodzenie pieniężne równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego (art. 709 Kc)¹. Jak widać z powyższego zastawienia, w ustawowym ujęciu „dostaw” mieścić się będą zarówno przypadki, w których na skutek zawartej umowy zamawiający nabywa własność przedmiotu umowy, jak i sytuacje, w których do przejścia własności na zamawiającego nie dochodzi.

9. Definicja dostawy zawarta w Pzp konstrukcyjnie różni się od analogicznej definicji zawartej w ustawie o zamówieniach publicznych („nabywanie rzeczy i praw na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, o dzieło, najmu, leasingu oraz innych umów o podobnym charakterze”). O ile w definicji obowiązującej na gruncie „starych” przepisów istniała pełna jasność, że „nabycie”, o jakim mowa w ustawie może nastąpić wyłącznie na podstawie umowy, o tyle na gruncie nowej definicji, z uwagi na sformułowanie „w szczególności na podstawie umowy”, może powstać wątpliwość, czy należy objąć przepisami Pzp także i takie sytuacje, w których do nabycia dochodzi w inny sposób niż poprzez zawarcie umowy (np. nabycie z mocy prawa). Z definicji zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 13 wynika jednak w sposób wyraźny, że z zamówieniem publicznym możemy mieć do czynienia wyłącznie tam, gdzie zawarta zostaje umowa odpłatna. Sformułowanie „w szczególności na podstawie umowy” należy w związku z tym odnosić wyłącznie do tego, że w omawianej definicji zawarty jest przykładowy katalog umów, w oparciu o które mogą być realizowane zamówienia publiczne na dostawy.

10. Ustawa o zamówieniach publicznych posługiwała się terminem „kierownik jednostki”². Termin ten zaczerpnięty był z przepisów ustawy o finansach publicznych, co powodowało pewne problemy interpretacyjne w przypadku zamawia-

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

² Zgodnie z art. 20a ust. 4 tej ustawy, wyboru oferty najkorzystniejszej dokonywał kierownik jednostki lub osoba przez niego upoważniona, zatwierdzając propozycję komisji przetargowej.

jących innych niż jednostki sektora finansów publicznych. Dla uniknięcia podobnych kontrowersji Pzp posługuje się terminem „kierownik zamawiającego”, który bardziej przystaje do różnych form prawnych, w jakich mogą funkcjonować zamawiający. Przepisy precyzują jednocześnie, że jest to osoba lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym. Można w związku z tym przyjąć, że tak rozumianym kierownikiem zamawiającego może być, w zależności od konkretnej sytuacji, zarówno określona osoba, jak i ciało kolegialne (organ). Przykładowo, w przypadku organów samorządu terytorialnego na szczeblu powiatu, kierownikiem zamawiającego będzie co do zasady zarząd, który zgodnie z przepisem art. 32 ust. 2 pkt 3 ustawy o samorządzie powiatowym¹ odpowiada za gospodarowanie mieniem powiatu. Nie będzie to jednak dotyczyć zamówień związanych z bieżącym funkcjonowaniem starostwa powiatowego. W tym przypadku funkcję kierownika zamawiającego pełnić będzie starosta, który kieruje bieżącymi sprawami powiatu (art. 34 ust. 1 wspomnianej ustawy) oraz jest kierownikiem starostwa powiatowego (art. 35 ust. 2). Z kolei w przypadku urzędów (np. urzędów centralnych) kierownikiem zamawiającego będzie właściwy minister (kierownik urzędu centralnego), a nie np. dyrektor generalny urzędu. Wynika to z przepisów ustawy o służbie cywilnej², bowiem zgodnie z art. 20 ust. 1 dyrektor generalny podlega bezpośrednio kierownikowi urzędu centralnego. Wyłom od tej zasady stanowiąc będą jedynie zamówienia związane bezpośrednio z gospodarowaniem mieniem urzędu, w tym zlecenie usług i dokonywanie zakupów dla urzędu, te bowiem sprawy przekazane zostały do kompetencji dyrektora generalnego (art. 20 ust. 2 pkt 1 d). Jak wynika z powyższych rozważań, w każdym przypadku kluczowa jest kompetencja do „zarządzania” zamawiającym, a więc do podejmowania wszelkich decyzji związanych z bieżącym funkcjonowaniem zamawiającego w danym zakresie spraw. Jak już wspomniano, kompetencja ta może wynikać zarówno z przepisów prawa, jaki i ze statutu, a nawet z zawartej umowy, co oznacza, że dla określenia, kto jest w danym przypadku „kierownikiem zamawiającego” konieczne może być analizowanie zarówno przepisów prawa, jak i postanowień statutu (innych dokumentów o podobnych charakterze), a nawet zawartych umów. Należy zarazem przyjąć (choćby z uwagi na konieczność indywidualizacji odpowiedzialności), że każdy zamawiający może mieć wyłącznie jednego „kierownika”. Ma to istotne znaczenie zwłaszcza w sytuacjach, w których kompetencja do zarządzania zamawiającym będzie miała swoje źródło w zawartej umowie. W takich przypadkach statutowy „kierownik zamawiającego” nie będzie pełnił tej funkcji, a w konsekwencji będzie także zwolniony z odpowiedzialności związanej z występowaniem w roli kierownika zamawiającego, o ile z zawartej umowy lub z przepisów stanowiących podstawę do jej zawarcia nie będzie wynikało nic innego.

¹ Dz. U. z 2001r. Nr 142, poz. 1592 z późn. zm.

² Dz. U. z 1999 r. Nr 49, poz. 483 z późn. zm.

11. Możliwość zawarcia umowy o zarządzanie innym podmiotem przewiduje przykładowo art. 7 Kodeksu spółek handlowych. Jest to przepis regulujący stosunki prawne w układzie holdingowym (pomiędzy podmiotami powiązаныmi relacjami zależności i dominacji). Przepisy Ksh nie zawierają jednocześnie postanowień które precyzowałyby, jaka ma być treść zawartej umowy, poza kwestiami odnoszącymi się do odpowiedzialności spółki zarządzającej. Należy w związku z tym przyjąć, że w przypadku zawarcia takiej umowy, o ile nic innego nie wynikałoby z jej treści, zarząd spółki dominującej stałby się kierownikiem zamawiającego spółki zależnej. Możliwość zawarcia umowy o zarządzanie przedsiębiorstwem państwowym przewiduje z kolei art. 45a ustawy o przedsiębiorstwach państwowych¹. Powierzenie zarządzania następuje w drodze umowy zawartej na czas oznaczony, nie krótszy niż trzy lata, między Skarbem Państwa reprezentowanym przez organ założycielski a zarządcą. Umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem powinna określać w szczególności obowiązki zarządcy w zakresie bieżącego zarządzania oraz zmian i usprawnień w przedsiębiorstwie, zasady wynagradzania zarządcy, kryteria oceny efektywności zarządzania oraz odpowiedzialność za powierzone przedsiębiorstwo. Dodatkowo, jeżeli zarządcą jest osoba prawna, umowa powinna przewidywać kto w jej imieniu będzie dokonywał czynności zarządu. Z postanowień powołanej ustawy wynika, że w przypadku zawarcia umowy o zarządzanie przedsiębiorstwem państwowym funkcję kierownika jednostki będzie pełnił albo zarządcą (osoba fizyczna) albo osoba lub organ wskazany w umowie, jeżeli zarządcą będzie osoba prawna.
12. Przepisy Pzp przesądzają, że „kierownikiem zamawiającego” nie może być i nie jest osoba działająca jako pełnomocnik zamawiającego. Dotyczy to także prokurentów, bowiem prokura jest rodzajem pełnomocnictwa (por. art. 109¹ Kc). Nie wyłącza to oczywiście możliwości delegowania na podstawie pełnomocnictwa określonych kompetencji kierownika zamawiającego (uprawnienie takie wynika wprost z art. 18 ust. 2). Zasadniczo różnić się będą jednocześnie konsekwencje prawne takiego postępowania. O ile w przypadku zawarcia umowy (np. o zarządzanie), delegacji kompetencji towarzyszyć będzie także „delegacja” odpowiedzialności, o tyle w przypadku delegacji określonych kompetencji na podstawie pełnomocnictwa, odpowiedzialność w dalszym ciągu spoczywa także na kierowniku zamawiającego, co wynika wprost z treści wspomnianego powyżej przepisu.
13. Definicje terminu „kierownik jednostki” występują na gruncie przepisów innych ustaw. Zgodnie z art. 28a ustawy o finansach publicznych, kierownik jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej, w tym za wykonywanie określonych ustawą obowiązków w zakresie kontroli finansowej. Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy o ochronie osób i mienia²,

¹ Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 981 z późn. zm.

² Dz. U. z 1997 r. Nr 114, poz. 740 z późn. zm.

kierownikiem jednostki jest osoba lub organ przedsiębiorcy lub innej jednostki organizacyjnej, uprawniony, zgodnie z przepisami prawa, statutem, umową, do zarządzania nią. W definicji tej za kierownika jednostki uznaje się również likwidatora lub syndyka. Zgodnie z art. 312 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze¹, w razie ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego możliwe jest dalsze prowadzenie tego przedsiębiorstwa, jeżeli możliwe jest zawarcie układu z wierzycielami lub możliwa jest sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego w całości lub jego zorganizowanej części. Jeżeli syndyk prowadzi przedsiębiorstwo upadłego, powinien, zgodnie z powołanym, przepisem, podjąć wszelkie działania zapewniające zachowanie przedsiębiorstwa w co najmniej nie pogorszonym stanie. Skoro zatem syndyk może prowadzić dalej przedsiębiorstwo, to, z braku wyraźnego wyłączenia przedmiotowego, należy uznać, że jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp przy zawieraniu związanych z tym umów. Można zatem przyjąć, że w określonych przypadkach także syndyk albo likwidator mogą pełnić funkcję kierownika zamawiającego.

14. Przepisy Pzp wprowadzają pojęcie „koncesji na roboty budowlane”. Koncesją na roboty budowlane jest zamówienie publiczne na roboty budowlane, z tym, że wynagrodzeniem za ich wykonanie jest prawo do eksploatacji obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z zapłatą. Przyjęte w ustawie rozwiązanie oparte jest na art. 1 pkt d Dyrektywy 93/37/EWG. Zgodnie z tym przepisem „koncesją na roboty budowlane jest umowa, różniąca się od umów, o których mowa w pkt a (tj. umów o roboty budowlane) jedynie tym, że wynagrodzeniem za roboty, które mają być wykonane, jest albo wyłączone prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością². Termin ten podkreśla znaczenie upoważnienia (od łacińskiego terminu *concessio*, czyli zgoda) do korzystania w celach komercyjnych z obiektów będących rezultatem wykonanych prac. Koncesja na roboty budowlane stanowi w istocie szczególny rodzaj zamówienia na roboty budowlane. O jego specyfice przesądza forma wynagrodzenia należnego wykonawcy. Wynagrodzeniem tym jest „prawo do eksploatacji” wykonanego obiektu budowlanego. Użycie przez ustawodawcę określenia „eksploatacja obiektu” może być mylące. Pod pojęciem eksploatacji rozumie się bowiem z reguły wykorzystywanie obiektu na potrzeby własne. Tymczasem istotą uzyskania koncesji jest możliwość czerpania pożytków z eksploatacji obiektu w stosunkach z osobami trzecimi. Skoro bowiem eksploatacja obiektu budowlanego ma stanowić formę wynagrodzenia, to w praktyce musi się ona sprowadzać do prawa wyłącznego zarządu tym obiektem, połączonego z prawem do czerpania korzyści ekonomicznych³. Taka konstrukcja wynagrodzenia

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.

² Podobną definicję zawierają nowe dyrektywy (por. np. art. 1 ust. 3 pkt a nowej dyrektywy klasycznej). Jednocześnie w przepisach tych dyrektywy przewiduje się także możliwość udzielania koncesji na usługi (por. np. art. 1 ust. 3 pkt b nowej dyrektywy klasycznej).

³ Należy jednocześnie pamiętać, że godząc się na wynagrodzenie w postaci pożytków z eksploatacji obiektu budowlanego, wykonawca przyjmuje jednocześnie ryzyko gospodarcze z tym związane, które w normalnych warunkach spoczywałoby na zamawiającym.

należnego wykonawcy mieści się w ogólnej konstrukcji umowy o roboty budowlane według polskiego prawa cywilnego. Jakkolwiek w art. 647 Kc nie definiuje się bliżej pojęcia „wynagrodzenie” za wykonanie przewidzianego w umowie obiektu (remontu), to jednocześnie powszechnie przyjmuje się, że do wynagrodzenia przy robotach budowlanych stosować trzeba w drodze analogii przepisy o wynagrodzeniu w ramach zblížonej do niej umowy o dzieło (art. 627 Kc). Natomiast na gruncie stosunków z umowy o dzieło panuje pogląd, że wynagrodzenie to nie musi przybierać postaci świadczenia pieniężnego. Funkcję wynagrodzenia może pełnić świadczenie każdego innego rodzaju, które ma określoną wartość majątkową i w związku z tym może stanowić ekwiwalent wartości dzieła. Można w związku z tym przyjąć, iż bezpośrednio z przepisów Kc wynika, że wynagrodzenie z umowy o roboty budowlane może mieć, przynajmniej w części, postać prawa do czerpania pożytków z wykonanego na rzecz zamawiającego obiektu budowlanego. Pomimo tego wprowadzenie do Pzp definicji „koncesji na roboty budowlane” miało swoje uzasadnienie, bowiem w art. 118–121 uregulowano szczegółowe zasady udzielenia i wykonywania koncesji. Dla określenia zakresu ich zastosowania konieczne było zdefiniowanie koncesji na roboty budowlane.¹

15. Pzp zawiera także definicję „najkorzystniejszej oferty”. Co do zasady, ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Jedynie w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ofertą najkorzystniejszą jest zawsze oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (ustawodawca wyłączył tym samym w odniesieniu do takich zamówień możliwość przyjmowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert). Przykładowe, inne niż cena kryteria oceny ofert podane są w art. 91 ust. 2. Zgodnie z tym przepisem kryteriami oceny ofert mogą być m.in. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia. Tak sformułowane kryteria oceny ofert powinny się jednocześnie odnosić wyłącznie do przedmiotu zamówienia. Jedynie w przypadku zamówień, o których mowa w art. 5 możliwe jest sformułowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy.²

¹ Por. także komentarz do tych przepisów ustawy.

² Podejście takie od dawna ugruntowane jest także na gruncie prawa wspólnotowego. Przykładowo, w opinii Rzecznika Generalnego przedłożonej ETS w sprawie w sprawie C-31/87 (Beentjes) także podkreśla się, że „kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie odnoszą się do produktu, a nie producenta, do jakości towaru (usługi, roboty budowlanej), a nie do jakości wykonawcy”. Por. także komentarz do art. 5 oraz do art. 91.

16. W przypadku jednostek sektora finansów publicznych celowe jest dokonywanie wykładni pojęcia „oferta najkorzystniejsza” przez pryzmat art. 28 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z tym przepisem, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, tak by możliwa była terminowa realizacja zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Jednostki sektora finansów publicznych są także zobowiązane do dokonywania wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków oraz wyłącznie na cele i w wysokości ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego i w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych.
17. Ustawa wprowadza nowe rozumienie „robót budowlanych”. W definicji tych robót wyróżnia się trzy sytuacje, w których będziemy mieli do czynienia z zamówieniem na roboty budowlane. Po pierwsze, kwalifikować w ten sposób należy wszelkie przypadki, w których zamówienie obejmować będzie wykonywanie jakichkolwiek pojedynczych prac zaliczanych do robót budowlanych, a także sytuacje, w których nastąpi wykonanie obiektu budowlanego. Ponadto, zamówienie zdefiniowane jako zamówienie na roboty budowlane może obejmować łącznie usługi projektowania oraz wykonanie robót budowlanych. Połączenie usługi projektowania z robotami budowlanymi może nastąpić na podstawie umowy o mieszanym charakterze (do usług projektowania mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umowy o dzieło – art. 627 Kc, przepisy reglamentujące zawodowe świadczenie usług projektowania robót budowlanych oraz przepisy prawa budowlanego). Ponieważ udzielenie takiego kompleksowego zamówienia może nieść ze sobą określone ryzyka dla zamawiającego, celowe może być zastosowanie zamówienia dwuetapowego warunkowego, tak, by uruchomienie zamówionych robót budowlanych następowało nie wcześniej niż po odbiorze przez zamawiającego projektu budowlanego¹. W trzecim przypadku przedmiotem zamówienia będzie wykonanie robót budowlanych przez osobę trzecią, zgodnie z wymaganiami określonym przez zamawiającego. Wątpliwości w zakresie interpretacji tego przepisu budzi użycie przez ustawodawcę określenia „wykonanie przez osobę trzecią”. Należy zakładać, że osobą trzecią jest podmiot inny niż wykonawca, któremu udzielane jest zamówienie. Jaką rolę pełni w związku z tym wykonawca? Odpowiedź można znaleźć w definicji robót budowlanych funkcjonującej na gruncie przepisów Dyrektywy 93/37/EWG. Zgodnie z art. 1 (a) tej Dyrektywy, „zamówieniami na roboty budowlane są umowy o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym (...), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie jak i zaprojektowanie robót (...) lub obiektu budowlanego (...) albo wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez zamawiającego”. Przyjmuje się, że ten ostat-

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

ni przypadek obejmuje umowy zawierane z generalnym wykonawcą, który sam nie angażuje się w wykonanie prac, lecz jedynie koordynuje ich wykonanie przez podwykonawców¹. Tym samym przepisom Pzp dotyczącym robót budowlanych będą podporządkowane umowy z generalnym wykonawcą i innego rodzaju umowy o zastępstwo inwestycyjne, których treścią jest wykonanie na rzecz zamawiającego konkretnych czynności organizatorskich mających zapewnić określony rezultat budowlany. Tak rozumiany inwestor zastępczy (generalny wykonawca) działa we własnym imieniu ale na rzecz zamawiającego².

18. Definicja „środków publicznych” zawarta jest w art. 3 ust. 2 ustawy o finansach publicznych³. W rozumieniu przepisów tej ustawy środkami publicznymi są dochody publiczne, niepodlegające zwrotowi środki pochodzące ze źródeł zagranicznych (z wyjątkami wskazanymi w art. 2a i 2b powołanej ustawy), środki pochodzące z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności Unii Europejskiej, środki pochodzące z Sekcji Gwarancji Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej, przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek zaliczanych do sektora finansów publicznych (pochodzące ze sprzedaży papierów wartościowych oraz z innych operacji finansowych, z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego, ze spłat pożyczek udzielonych ze środków publicznych oraz z otrzymanych pożyczek i kredytów), przychody jednostek zaliczanych do sektora finansów publicznych uzyskiwane w związku z prowadzoną przez nie działalnością oraz pochodzące z innych źródeł. Zaliczenie pewnych środków do „środków publicznych” ma szczególne znaczenie w przypadku podmiotów, które w normalnych warunkach nie mają statusu „zamawiającego” i w związku z tym nie stosują przepisów Pzp w prowadzonej działalności. Jeżeli bowiem ponad 50% udzielanego przez te podmioty zamówienia pochodzić będzie ze środków publicznych w rozumieniu przepisów Pzp, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 5 komentowanego aktu prawnego, podmioty takie staną się „zamawiającymi”, ze wszystkimi tego konsekwencjami.
19. Podobnie jak to ma miejsce w przypadku „dostaw” i „robót budowlanych”, Pzp zawiera własną definicję „usług”. Usługami są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są dostawy lub roboty budowlane. Konstrukcja taka, po-

¹ Tak M. Lemke „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej”, s. 41. Autor podaje, że za taką interpretacją przepisu Dyrektywy opowiedział się także ETS w orzeczeniu w sprawie C-389/92 (Ballast).

² W identyczny sposób rozumie komentowany przepis R. Szostak. Por. „Przegląd zmian... Część I”, s. 5. Autor wskazuje jednocześnie, że przepisom Ustawy dotyczącym robót budowlanych będą podporządkowane także umowy zastępstwa zleceniowego (w których wybrany wykonawca obsługuje jedynie odrębnie przez zamawiającego zawarty kontrakt z wykonawcą robót budowlanych). Z tezą tą nie można się jednak zgodzić. W takim przypadku, kiedy odrębnie zlecane są roboty budowlane, należy przyjąć, że podmiot, któremu zleca się obsługę kontraktu wykonuje pewną usługę na rzecz zamawiającego. O problemach związanych z wykładnią definicji „robót budowlanych” zawartej w przepisach prawa wspólnotowego pisze A. Sołtysińska w „Zamówienia publiczne...”, s. 29.

³ Dz. U. z 2003 r., Nr 15, poz. 148 z późn. zm.

wszechnie zresztą stosowana, w tym także w przepisach prawa wspólnotowego, ma na celu zapobieżenie sytuacjom unikania stosowania przepisów Pzp. Nie ma bowiem w świetle definicji zawartej w komentowanym przepisie możliwości takiej kwalifikacji przedmiotu zamówienia, by nie było ono ani „dostawą”, ani „robotą budowlaną” ani „usługą”. Jeżeli bowiem dane zamówienie nie daje się zakwalifikować do żadnego z dwóch pierwszych rodzajów zamówień, to z pewnością stanowić będzie trzeci z nich – usługę właśnie¹.

20. Pzp zawiera bardzo szeroką definicję „wykonawcy”. Wykonawcą jest każda osoba lub jednostka organizacyjna, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Taka szeroka definicja umożliwia odejście od sytuacji występującej na gruncie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, w której pojawiały się terminy „dostawca lub wykonawca”, „uczestnik postępowania”, „oferent”. Wprowadzenie jednolitego terminu „wykonawca” z pewnością przyczynia się do większej precyzji aktualnie obowiązujących przepisów. Nie zmienił się natomiast katalog potencjalnych wykonawców. Mogą być nimi osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej. Definicja ustawowa podkreśla jednocześnie, że status wykonawcy łączy się zawsze z pewną formą uczestnictwa danego podmiotu w procedurze udzielania zamówienia publicznego. W pierwszym okresie „ubiegania się o zamówienie” w przypadku procedur otwartych (np. przetarg nieograniczony) status „wykonawcy” będzie przysługiwał każdemu podmiotowi, który w ten czy inny sposób zadeklaruje zamawiającemu chęć uzyskania zamówienia (np. pobierając specyfikację, składając zapytanie lub protest). W przypadku procedur ograniczonych (np. negocjacje bez ogłoszenia) status wykonawcy przysługuje podmiotom zaproszonym do udziału w postępowaniu. W kolejnym stadium postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po upływie terminu na składanie ofert) status wykonawcy przysługuje jedynie tym podmiotom, które złożyły oferty w postępowaniu. Po zakończeniu postępowania status wykonawcy przysługuje już tylko temu podmiotowi, który zawarł z zamawiającym umowę w sprawie zamówienia.
21. „Zamawiającym” jest każda osoba (fizyczna lub prawna) lub jednostka organizacyjna, która jest zobowiązana do stosowania przepisów Pzp. Należy przyjąć, choć nie wynika to bezpośrednio z treści komentowanego przepisu, że zakresem jego zastosowania objęte są jedynie takie sytuacje, w których zobowiązanie do stosowania procedur zamówień publicznych wynika z przepisu prawa i to rangi ustawowej. Przepisy niższego rzędu nie mogą nakładać obowiązków na podmioty prawa, co dotyczyć musi także i obowiązku stosowania przepisów Pzp.

¹ W tym zakresie przepisy ustawy mają szersze zastosowanie niż przepisy prawa wspólnotowego, które odnoszą się do tylko do wyraźnie wskazanych usług (w przypadku Dyrektywy 92/50 są to usługi ujęte z załącznikach IA i IB, w przypadku nowej dyrektywy klasycznej – usługi ujęte w załączniku II).

Status zamawiającego nie może także wynikać z różnego rodzaju klauzul umownych, nie znajdujących oparcia w przepisach ustawy, nawet jeżeli będą one przewidywać dla jakiegoś podmiotu zobowiązanie do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych¹. Należy także pamiętać, że każdy z tych podmiotów zamawiającym jest tylko w ramach konkretnej procedury udzielenia zamówienia, kiedy to aktualizuje się obowiązek stosowania przepisów Pzp (z uwagi na spełnienie wszystkich przesłanek warunkujących powstanie tego obowiązku). Inaczej rzecz ujmując – podmiot, który mieści się w katalogu zamawiających wskazanych w art. 3, ale który jednocześnie udziela zamówienia o wartości niższej niż 6000 euro, nie jest zamawiającym w rozumieniu komentowanego przepisu.

22. Wprowadzona została nowa definicja „zamówienia publicznego”. Zmiana ta jest wynikiem dostosowania do definicji zawartej w dyrektywach Unii Europejskiej. Zamówieniami publicznymi są umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja ta kładzie zatem nacisk na element odpłatnej umowy jako formalnoprawnej podstawy udzielenia zamówienia publicznego. Nie są natomiast objęte regulacją przypadki świadczenia usług, dostaw lub robót budowlanych na innej podstawie niż umowa odpłatna np. na podstawie umowy użyczenia lub darowizny. O ile, co do zasady, nie jest istotny charakter środków, z jakich następuje odpłatność za wykonanie zamówienia (nie ma znaczenia czy są to środki własne zamawiającego czy np. środki uzyskane w drodze kredytu czy pożyczki), o tyle w pewnych przypadkach, żeby można było mówić o zamówieniu publicznym, odpłatność musi następować przy wykorzystaniu środków o określonym pochodzeniu (por. art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6). Odrębnym problemem jest natomiast to, czy w każdym przypadku płatność za wykonaną usługę, dostawę lub robotę budowlaną musi zostać dokonana przez zamawiającego. Innymi słowy – czy przepisami Pzp objęte są również sytuacje, w których zamawiający otrzymuje świadczenia, za które płaci ktoś inny, np. sytuacja, w której organ założycielski zleca wykonanie analizy przedprywatyzacyjnej, ale koszty analizy obciążają prywatyzowany podmiot albo sytuacja, w której gmina zleca innemu podmiotowi usuwanie na parkingi miejskie nieprawidłowo zaparkowanych samochodów, ale koszty z tym związane pokrywane są przez właścicieli pojazdów. Wychodząc z przyjętego w doktrynie prawa cywilnego rozumienia „umów odpłatnych”, zgodnie z którym odpłatne czynności prawne to czynności, w których każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową, niekoniecznie w postaci pieniężnej należy uznać, że wspomniane powyżej sytuacje objęte będą zakresem zastosowania przepisów Pzp. W każdym bowiem przypadku zamawiający uzyska korzyść majątkową (w postaci wykonanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej). Korzyść majątkową uzyska także wykonawca zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że wypłacone mu środki pochodzić będą od podmiotu trzeciego. Dotyczyć to będzie

¹ Por. także komentarz do art. 15.

zarówno sytuacji, w których środki na wynagrodzenie wykonawcy zostaną przekazane przez innego zamawiającego, jak i przypadków, w których środki przekaże podmiot nie zobowiązany do stosowania przepisów Pzp.

Art. 3. [Zakres podmiotowy]

- 1. Ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez:**
 - 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;**
 - 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;**
 - 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:**
 - a) finansują je w ponad 50%, lub**
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub**
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub**
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;**
 - 4) inne, niż określone w pkt 1–3, podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 122, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–3, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:**
 - a) finansują je w ponad 50%, lub**
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub**
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub**
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;**
 - 5) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3;**
 - 6) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie;**
 - 7) podmioty, którym podmioty, o których mowa w pkt 1–3, udzieliły koncesji na roboty budowlane, w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.**
- 2. Prawami szczególnymi lub wyłącznymi, w rozumieniu ust. 1 pkt 4, są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej polegające na**

zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów.

1. W art. 3 zawarty został katalog podmiotów, które są zobowiązane do stosowania procedur zamówień publicznych. W miejsce enumeratywnych wyliczeń zamawiających, jakie funkcjonowały na gruncie przepisów uzp, wprowadzono ich generalne kategorie odpowiadające kategoriom funkcjonującym na gruncie przepisów prawa wspólnotowego. Przykładowo, nie zostały wymienione, choć nadal będą miały obowiązek stosować jej przepisy, wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej państwowe i komunalne jednostki organizacyjne oraz ich jednostki zależne, a także państwowe agencje oraz jednostki publicznej radiofonii i telewizji i ich jednostki zależne. Podmioty te są bowiem albo uznawane za instytucje prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw Unii Europejskiej, albo z racji prowadzonej działalności podlegają reżimowi zamówień sektorowych. W obydwu przypadkach podlegać będą przepisom ustawy, w związku z tym nie ma potrzeby ich wyszczególniania. W katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania Pzp nie wymieniono także spółdzielni, fundacji i stowarzyszeń¹, bowiem zasadą jest, że prywatne podmioty mają obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych, jeżeli ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych. Wprowadzanie odmiennych uregulowań dla spółdzielni, fundacji i stowarzyszeń nie miało uzasadnienia.
2. Wyróżniono dwie podstawowe grupy „zamawiających”. W pierwszej kolejności, w ust. 1 pkt 1 i 2 komentowanego przepisu, wskazano na podmioty szeroko rozumianego sektora finansów publicznych. Są one zobowiązane do stosowania przepisów ustawy bezwarunkowo i w najszerszym zakresie. W punktach 3–7 wskazano z kolei podmioty, na których obowiązek stosowania przepisów Pzp spoczywa tylko wówczas, kiedy spełnione są warunki wskazane w treści omawianego przepisu. Ten sam podmiot może spełniać warunki określone w kilku punktach i w zakresie każdego z nich mieć status „zamawiającego” oraz związany z tym obowiązek stosowania przepisów ustawy. Przykładowo, ten sam podmiot może być zamawiającym w rozumieniu pkt 4 z uwagi na prowadzoną działalność sektorową i być zobowiązany do udzielania zamówień związanych z tą działalnością zgodnie z przepisami Pzp, a jednocześnie otrzymać dotację bezpośrednią na pokrycie ponad 50% kosztów innego zamówienia i w związku z tym być zobowiązany do stosowania przepisów Pzp na podstawie pkt 5. W takich sytuacjach podstawa do stosowania ustawy rozstrzyga o zakresie stosowania jej przepisów. W podanym przykładzie ten sam podmiot, udzielając zamówienia związanego z działalnością sektorową które finansuje np. ze środków własnych lub kredytu, może udzielić zamówienia w reżimie sektorowym. W przypadku zamówienia finansowanego ze środków publicznych (nawet jeżeli będzie ono

¹ Na gruncie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych podmioty te były zobowiązane do stosowania procedur zamówień publicznych w zakresie, w jakim dysponowały środkami publicznymi, niezależnie od wysokości udziału tych środków.

udzielane w celu prowadzenia działalności sektorowej) będzie działać w oparciu o pkt 5 komentowanego przepisu, a tym samym będzie zobowiązany do stosowania Pzp w pełnym zakresie, bez możliwości skorzystania z udogodnień przewidzianych w rozdziale sektorowym.

3. W pierwszej kolejności do stosowania przepisów ustawy zobowiązane są jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie z art. 5 tej ustawy do sektora finansów publicznych zalicza się:
 - organy władzy publicznej, organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały, a także jednostki samorządu terytorialnego i ich organy oraz związki;
 - jednostki budżetowe, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych;
 - fundusze celowe;
 - państwowe szkoły wyższe;
 - jednostki badawczo-rozwojowe;
 - samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
 - państwowe lub samorządowe instytucje kultury;
 - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i zarządzane przez nie fundusze;
 - Narodowy Fundusz Zdrowia;
 - Polską Akademię Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
 - państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, banków i spółek prawa handlowego.
4. Organami władzy publicznej są Sejm i Senat oraz Prezydent. Do organów administracji rządowej należy zaliczyć Radę Ministrów, przewodniczących określonych w ustawach komitetów oraz kierowników urzędów centralnych takich jak Urząd Zamówień Publicznych, Urząd Regulacji Energetyki, Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty, Urząd Służby Cywilnej itd. Przedstawicielami Rady Ministrów w województwie są wojewodowie, których także należy zaliczyć do organów administracji rządowej. Najwyższa Izba Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich i Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji są z kolei organami kontroli państwowej i ochrony prawa. Wymiar sprawiedliwości sprawują w Polsce sądy oraz trybunały (por. Rozdział VIII Konstytucji). W tym zakresie odrębne jednostki organizacyjne tworzą m.in. Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny oraz Trybunał Konstytucyjny. Odrębnymi jednostkami organizacyjnymi (a tym samym odrębnymi zamawiającymi) są także sądy powszechne, wojskowe oraz administracyjne.
5. Jednostkami samorządu terytorialnego są gminy, powiaty i województwa. Zgodnie z art. 65 ustawy o samorządzie gminnym¹ związkom międzygminnym przy-

¹ Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz.1591 tekst jednolity.

sługuje osobowość prawna. Wykonują one we własnym imieniu zadania publiczne, należy zatem uznać je za samodzielnych zamawiających. Pewne problemy interpretacyjne mogą się wiązać z wymienieniem organów jednostek samorządu terytorialnego w przepisach ustawy o finansach publicznych. Należy przyjąć, że organy te (np. rada gminy) nie są co do zasady samodzielnymi zamawiającymi. Zamawiającym jest gmina, która działa przez swoje organy.

6. Terminy „państwowa jednostka budżetowa”, „zakład budżetowy”, „gospodarstwo pomocnicze” oraz „fundusz celowy” zdefiniowane są w przepisach ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z art. 18 tego aktu prawnego państwową jednostką budżetową jest jednostka, która pokrywa swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadza na rachunek budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego, prowadzi gospodarkę finansową według zasad określonych w ustawie o finansach publicznych oraz jako podstawę gospodarki finansowej traktuje plan dochodów i wydatków. Zakładem budżetowym jest natomiast taka jednostka organizacyjna sektora finansów publicznych, która zgodnie z art. 19 ustawy o finansach publicznych odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych. Zgodnie z art. 20 tej ustawy z gospodarstwem pomocniczym mamy do czynienia tam, gdzie z jednostki budżetowej wyodrębniona zostaje pod względem organizacyjnym i finansowym część jej podstawowej działalności lub działalność uboczna. Gospodarstwo pomocnicze pokrywa koszty swojej działalności z uzyskiwanych przychodów własnych, a z budżetu może otrzymywać dotacje przedmiotowe. Funduszem celowym jest, zgodnie z art. 22 ustawy o finansach publicznych, fundusz ustawowo powołany przed dniem wejścia w życie tej ustawy, którego przychody pochodzą z dochodów publicznych, a wydatki przeznaczane są na realizację zadań wyodrębnionych z budżetu państwa. Fundusz celowy może działać jako osoba prawna lub stanowić wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje organ wskazany w ustawie tworzącej fundusz.
7. Działalność uczelni wyższych reguluje ustawa o szkolnictwie wyższym¹. Zgodnie z art. 10 tej ustawy utworzenie, przekształcenie i zniesienie uczelni państwowej oraz połączenie jej z inną uczelnią państwową następuje w drodze ustawy. Tylko tak utworzone szkoły wyższe będą miały status zamawiającego. Statusu takiego nie będą natomiast miały niepaństwowe szkoły wyższe utworzone zgodnie z art. 15 i nast. wspomnianej wyżej ustawy przez osoby fizyczne lub prawne. Uwaga ta dotyczy tylko statusu zamawiającego zgodnie z komentowanym przepisem – szkoły niepaństwowe mogą bowiem np. korzystać z dotacji z budżetu państwa, a tym samym być zobowiązane do stosowania Pzp w oparciu o inną podstawę prawną.
8. Jednostkami badawczo-rozwojowymi są zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o jednostkach badawczo-rozwojowych² państwowe jednostki organizacyjne wyodrębnione

¹ Dz. U. z 1990 r. Nr 65, poz. 385 z późn. zm.

² Dz. U. z 2001 r., Nr 33, poz. 388 z późn. zm.

pod względem prawnym, organizacyjnym i ekonomiczno-finansowym, tworzone w celu prowadzenia badań naukowych i prac rozwojowych, których wyniki powinny znaleźć zastosowanie w określonych dziedzinach gospodarki narodowej i życia społecznego. W szczególności, zgodnie z art. 2 wskazanej powyżej ustawy, do jednostek badawczo-rozwojowych zalicza się: instytuty naukowo-badawcze, ośrodki badawczo-rozwojowe oraz centralne laboratoria. Tak rozumianym jednostkom badawczo-rozwojowym przysługuje osobowość prawna.

9. Działalność samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej uregulowana jest w przepisach ustawy o zakładach opieki zdrowotnej¹. Zgodnie z przepisami tej ustawy zakładem opieki zdrowotnej jest wyodrębniony organizacyjnie zespół osób i środków majątkowych, utworzony i utrzymywany w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia lub w celu prowadzenia badań naukowych i prac badawczo-rozwojowych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia albo realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia. Do tak rozumianych zakładów opieki zdrowotnej zalicza się m.in. szpitale, zakłady opiekuńczo-lecznicze, zakłady pielęgnacyjno-opiekuńcze, sanatoria, przychodnie, ośrodki zdrowia, pogotowie ratunkowe. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 1 wspomnianej ustawy publicznym zakładem opieki zdrowotnej jest zakład, którego założycielem jest minister lub centralny organ administracji rządowej, wojewoda albo jednostka samorządu terytorialnego. „Samodzielne” są natomiast tylko te zakłady zdrowotne, które są odrębnymi jednostkami organizacyjnymi i nie podlegają innym jednostkom organizacyjnym.
10. Zgodnie z przepisami ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej², działalność kulturalna polega na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. Uprawnienie do tworzenia instytucji kultury przysługuje zgodnie z art. 8 tej ustawy, ministrom oraz kierownikom urzędów centralnych (państwowe instytucje kultury) oraz jednostkom samorządu terytorialnego (samorządowe instytucje kultury). Instytucje kultury uzyskują osobowość prawną i mogą rozpocząć działalność z chwilą wpisu prowadzonego przez organizatora (art. 14 ust. 1 przywoływanej ustawy).
11. Zgodnie z art. 66 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych³ Zakład Ubezpieczeń Społecznych jest państwową jednostką organizacyjną, posiadającą osobowość prawną, nad którą nadzór sprawuje minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego. W skład Zakładu wchodzi centrala i terenowe jednostki organizacyjne. Funduszami, jakimi zarządza Zakład Ubezpieczeń Społecznych są Fundusz Ubezpieczeń Społecznych (art. 51 i nast. ustawy) oraz Fundusz Rezerwy Demograficznej (art. 58 i nast. ustawy). Kasa Rolniczego Ubezpieczenia

¹ Dz. U. z 1991 r. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

² Dz. U. z 2001 r. Nr 13, poz. 123 z późn. zm.

³ Dz. U. z 1998 r. Nr 137, poz. 887 z późn. zm.

Spółecznego, której prezes jest centralnym organem administracji państwowej podległym Ministrowi Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej, funkcjonuje zgodnie z przepisami ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników¹. Prezes Kasy zarządza z urzędu Funduszem Składowym Ubezpieczenia Społecznego Rolników, który jest odrębną osobą prawną (art. 76 ustawy).

12. Narodowy Fundusz Zdrowia utworzony został z mocy przepisów ustawy o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia². Fundusz jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną (art. 36 ustawy). W skład Funduszu wchodzi centrala oraz oddziały wojewódzkie.
13. Polska Akademia Nauk jest państwową instytucją naukową, która działa poprzez wyłonioną w drodze wyborów korporację uczonych oraz placówki naukowe zgodnie z przepisami ustawy o Polskiej Akademii Nauk³. Polskiej Akademii Nauk przysługuje osobowość prawna.
14. Status „państwowych osób prawnych” przysługuje większości agencji państwowych. Przykładowo, państwowymi osobami prawnymi są Agencja Mienia Wojskowego, Agencja Nieruchomości Rolnych, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości. Innym przykładem osób prawnych utworzonych w celu wykonywania zadań publicznych są kolumny transportu sanitarnego. Stosownie bowiem do treści art. 70b ust. 1 w zw. z art. 70a ust. 4 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej⁴, kolumna transportu sanitarnego jest jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, tworzoną, przekształcaną i likwidowaną przez organ założycielski, którym jest sejmik województwa. Ponadto, kolumna transportu wykonuje usługi transportu sanitarnego (art. 70c wspomnianej ustawy).
15. Zakresem stosowania Pzp objęte zostały także „inne państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej”. Są to instytucje państwowe nie zaliczone do sektora finansów publicznych, uznane za organy państwowe w rozumieniu dyrektyw 93/37/EWG, 93/36/EWG i 92/50/EWG. Zabieg ten zakończył spory interpretacyjne dotyczące obowiązku stosowania ustawy o zamówieniach publicznych przez nie będące jednostkami sektora finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej. Do państwowych jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej można zaliczyć np. jednostki organizacyjne Wojska⁵, Policji⁶ czy

¹ Dz. U. z 1998 r., Nr 7, poz. 25 z późn. zm.

² Dz. U. Nr 45, poz. 391, z późn. zm. Ustawa o NFZ utraciła moc obowiązującą z dniem 1 października 2004 r., kiedy to w życie weszły przepisy ustawy z dnia 22 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

³ Dz. U. z 1997 r. Nr 75, poz. 469 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 1997 r. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

⁵ Por. przepisy ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2002 r., Nr 21, poz. 205 z późn. zm.).

⁶ Por. przepisy ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2002 r., Nr 7, poz. 58, z późn. zm.).

Państwowej Straży Pożarnej¹, a także Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe².

16. Ust. 1 pkt 1 i 2 przesadzają objęcie przepisami prawa polskiego wszystkich „organów państwowych, samorządowych, instytucji prawa publicznego lub stowarzyszeń złożonych z jednego lub większej liczby takich organów lub instytucji prawa publicznego”, które zgodnie z przepisami dyrektyw 93/37/EWG, 93/36/EWG, 92/50/EWG są zobowiązane do stosowania procedur zamówień publicznych (por. art. 1b każdej z wymienionych powyżej dyrektyw). Dyrektywy nie zawierają definicji pojęcia „organów państwowych i samorządowych”. W doktrynie podkreśla się, że pojęcia te powinny być interpretowane raczej rozszerzająco niż zawężająco³. Pojęcie organu państwowego powinno obejmować wszystkie instytucje sprawujące władzę ustawodawczą, wykonawczą, i sądowniczą, zarówno na poziomie krajowym, jak i regionalnym. Istotne dla wykładni tego pojęcia jest orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87 (Beentjes). W postępowaniu przed sądem krajowym powstała wątpliwość, czy holenderski Komitet Konsolidacyjny Terenów Lokalnych Waterland, nie będący formalnie częścią administracji publicznej i niezależny od władzy wykonawczej, jednakże finansowany z budżetu samorządu lokalnego, którego cele, sposób działania i sposób powoływania członków władz określała ustawa, powinien stosować procedury udzielania zamówień zgodne z dyrektywą dotyczącą zamówień publicznych na roboty budowlane (jako organ państwowy). ETS orzekł, iż pojęcie państwa należy interpretować funkcjonalnie. Oznacza to, że każda instytucja, której skład i funkcje są określone przepisami prawa, której członków władz powołują władze państwowe lub w odniesieniu do której władza państwowa decyduje o zakresie i sposobie realizacji zadań, niezależnie od tego, czy formalnie jest częścią administracji państwowej czy nie, powinna być traktowana jako organ władzy państwowej. W opinii ETS przyjęcie odmiennej, węższej i bardziej formalnej interpretacji osłabiłoby skuteczność Dyrektyw i umożliwiłoby ich łatwe obchodzenie. Intencją takiej wykładni było także objęcie procedurami zamówień publicznych nowych instytucji, o nieznanym wcześniej formach organizacyjnych. Powszechne jest bowiem zjawisko „decentralizacji” administracji przejawiające się w zleceniu części jej tradycyjnych zadań i uprawnień. Taka praktyka nie może jednak przesłonić faktu, że funkcjonalnie jednostki takie w dalszym ciągu wykonują zadania publiczne. W orzecznictwie ETS podkreśla się także, że dla oceny, czy dana instytucja jest „organem państwowym” w rozumieniu Dyrektyw nie mają znaczenia przepisy krajowe. Jest to materia objęta wyłącznie regulacją prawa wspólnotowego. Tak więc nawet w przypadku przyjęcia

¹ Por. przepisy ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz. U. z 2002 r., Nr 147, poz. 1230 z późn. zm.).

² Por. art. 32 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz.U. z 2000 r., Nr 56, poz. 679 z późn. zm.).

³ Por. M. Lemke w „Zamówienia publiczne...”, s. 31.

przez przepisy prawa krajowego rozwiązań odbiegających od postanowień Dyrektyw rozstrzygać będzie prawo wspólnotowe, a nie krajowe¹.

17. Pojęcie „osób prawnych utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego” nie funkcjonowało w prawie polskim. Zostało ono przeniesione z przepisów Dyrektyw, w których podmioty takie stanowią odrębną kategorię zamawiających. Celem tej regulacji jest wdrożenie do polskiego porządku prawnego unijnego pojęcia „instytucji prawa publicznego”, które ma kluczowe znaczenie przy określaniu zakresu zastosowania unijnych przepisów o zamówieniach publicznych. Zgodnie bowiem z art. 1b każdej z Dyrektyw „klasycznych” instytucją prawa publicznego jest instytucja, która:

- została ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego,
- posiada osobowość prawną

oraz spełnia co najmniej jeden z poniższych warunków:

- jest finansowana, w całości lub przeważającej części, przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego,
- podlega nadzorowi w odniesieniu do zarządu instytucji, ponad połowę składu jej organu kierowniczego, zarządzającego lub nadzorczego stanowią osoby mianowane przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego².

Przy interpretacji tego przepisu celowe jest odwołanie się do dorobku orzecznictwa wspólnotowego, w tym szczególnie do orzecznictwa ETS. Kwestii tej Trybunał poświęcił obszerne orzeczenie w sprawie C-360/96 (Arnhem). Orzeczenie to dotyczy rozróżnienia pomiędzy potrzebami o charakterze powszechnym, nie mającymi charakteru handlowego lub przemysłowego oraz potrzebami o charakterze powszechnym, które mają charakter przemysłowy lub handlowy. ETS położył silny nacisk na stan konkurencji na określonym rynku. W opinii Trybunału, przynajmniej co do zasady, potrzeby o charakterze handlowym lub przemysłowym zaspokajane są przez konkurujących przedsiębiorców. Jednakże sam fakt, że na określonym rynku, na jakim zaspokajana jest pewna potrze-

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

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

ba, istnieje konkurencja, nie przesądza jeszcze, że potrzeba ta musi zostać uznana za „potrzebę o charakterze powszechnym mającą charakter handlowy lub przemysłowy”. Przyjęcie takiego stanowiska musiałoby być bowiem równoznaczne z przyjęciem, że z zaspokajaniem potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru handlowego lub przemysłowego, mamy do czynienia tylko tam, gdzie nie działają przedsiębiorstwa prywatne. Teza taka jest w opinii ETS błędna, chociażby z tego względu, że trudno byłoby sobie w chwili obecnej wyobrazić działania, które nie mogłyby być prowadzone przez przedsiębiorców prywatnych. Taka interpretacja sprawiałaby zatem, że termin „instytucje prawa publicznego” stałyby się pusty. Jednocześnie w opinii Trybunału istnienie znaczącej konkurencji na rynku (w tym istotnej konkurencji ze strony podmiotów prywatnych), może wskazywać, że konkretna potrzeba nie jest potrzebą o charakterze powszechnym, nie mającą charakteru handlowego lub przemysłowego. W innym orzeczeniu (sprawa C-44/96, Mannesmann) ETS uznał za instytucję prawa publicznego Austriacką Drukarnię Państwową, która działając pod kontrolą państwa zajmowała się publikacją, z zachowaniem wymogów poufności i bezpieczeństwa, druków urzędowych administracji państwowej. W świetle tego orzeczenia specyficzne potrzeby administracji państwowej sensu stricto, których realizacja jest tradycyjnie domeną państwa, są potrzebami o charakterze powszechnym, nie mającymi charakteru przemysłowego lub handlowego.

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

Z całokształtu okoliczności wynikało bowiem, że osiągnięcie zysku przez tą spółkę nie było jej podstawowym zadaniem. Mało prawdopodobne było także by państwo hiszpańskie, jako jedyny udziałowiec SIEPSA dopuściło do jej upadłości. W konkluzji Trybunał stwierdził: „*W powyższych okolicznościach, jest możliwe, że w organizowanych przez siebie procedurach przetargowych SIEPSA kierować się będzie względami innymi niż czysto ekonomiczne. To właśnie dla ochrony przed takimi sytuacjami konieczne jest stosowanie postanowień Dyrektywy*”. Ta konkluzja ma kluczowe znaczenie dla zrozumienia omawianego przepisu. Trybunał jest gotów do jego szerokiej wykładni. U jej podstaw leżeć zaś będzie każdorazowo to, czy w świetle wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych sprawy, w tym głównie zadań danego podmiotu i jego związków z szeroko rozumianym państwem, istnieje ryzyko, że podmiot ten, udzielając zamówień będzie się kierował kryteriami innymi niż kryteria czysto ekonomiczne.

19. Komentowany przepis akcentuje cel utworzenia określonego podmiotu, istotne jest zatem ustalenie, jakie dokumenty mogą decydować o celu jego utworzenia. Podstawową kwestią jest odpowiedź na pytanie, czy w każdym przypadku rozstrzygać ma treść statutu, czy faktycznie założony i realizowany profil wykonywanej działalności. Odpowiedź na to pytanie utrudnia przyjęta w Dyrektywach i w konsekwencji zastosowana przez polskiego ustawodawcę technika legislacyjna. Treść przepisu akcentuje historyczne podstawy utworzenia danego podmiotu, jednak dosłowne brzmienie przepisu nie jest jednoznaczne. Sformułowanie „osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze (...)” należy odnosić przede wszystkim do faktycznego celu powołania danej osoby prawnej, a nie wyłącznie do tego, co zostało zapisane w dokumentach formalnoprawnych, tym bardziej, że powszechna jest praktyka bardzo szerokiego (często „na wyrost”) określania statutowego przedmiotu działalności tworzonych podmiotów. Potwierdzenia dla powyższej interpretacji można szukać w orzecznictwie ETS. W szczególności, w wyroku C-470/99 wskazano, że podmiot, którego przedmiot działalności określony w statucie nie obejmuje czynności objętych Dyrektywami, który faktycznie wykonuje te czynności, powinien stosować przepisy o zamówieniach publicznych. Natomiast w orzeczeniu C-283/00 dokonując oceny charakteru prawnego danego podmiotu Trybunał uwzględnił zarówno okoliczności prawne, jak i faktyczne. Można zatem przyjąć, że w obu sprawach dokumenty formalnoprawne nie były jedynym (ani decydującym) wyznacznikiem celu, dla którego powołano dany podmiot, choć odgrywały ważną rolę przy jego ustalaniu. Dla określenia celu powołania danego podmiotu należy zatem uwzględniać nie tylko postanowienia jego statutu, ale także innego rodzaju okoliczności i dokumenty, pozwalające określić, jakie były rzeczywiste intencje „założyciela”. Rzeczywisty cel powołania spółki powinien mieć swoje odzwierciedlenie w innych dokumentach odpowiedniej rangi, np. w biznesplanach i innego rodzaju analizach tworzonych na potrzeby utworzenia danego podmiotu. Dyrektywy zawierają załączniki wymieniające instytucje prawa publicznego w poszczególnych krajach, spełniające określone w komentowanym przepisie warunki i w związku z tym zobowiązane do stosowania procedur

zamówień publicznych. Wykazy te mają charakter wyłącznie pomocniczy (zgodnie z art. 1 każdej z Dyrektyw „są na tyle wyczerpujące, na ile jest to możliwe”) i nie są wiążące. Rozstrzygające znaczenie ma w każdym przypadku to, czy dana instytucja ma cechy instytucji prawa publicznego.

20. Przykładem osób prawnych utworzonych w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego mogą być różnego rodzaju fundacje¹, których fundatorem jest Skarb Państwa i w odniesieniu do których Skarb Państwa posiada prawo powoływania większości lub wszystkich członków organów fundacji. Fundacje takie zaliczać się będą do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, o ile powołane zostały do realizacji celów służących ogółowi społeczeństwa (np. podejmowanie działań na rzecz pojednania i porozumienia między narodami), ściśle związanych z instytucjonalną działalnością państwa. Kolejną istotną grupą podmiotów posiadających cechy instytucji prawa publicznego są agencje rozwoju regionalnego lub lokalnego, na które dominujący wpływ wywierają władze samorządowe, a powołane w celu realizacji zadań związanych z zaspokajaniem potrzeb lokalnej społeczności. Można w takich wypadkach uznać, że za pośrednictwem takich podmiotów państwo realizuje część swoich zadań. Tym samym, przy udzielaniu zamówień służących realizacji ich celów statutowych, podmioty takie zobowiązane są do stosowania przepisów Pzp.
21. Z treści ust. 1 pkt 4 wynika, iż podstawowym kryterium zakwalifikowania określonego podmiotu do kategorii „zamawiających” jest to, że podmiot ten udziela zamówienia w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 122 Pzp². Dodatkowo, musi być spełniony jeden z dwóch warunków: podmiot ten musi działać na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo pozostawać pod dominującym wpływem zamawiających wskazanych w punktach 1–3. Tak skonstruowany przepis obejmuje zarówno podmioty pozostające pod wpływem państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, jak i podmioty w pełni prywatne. Konstrukcja ta nawiązuje do rozwiązań przyjętych w Dyrektywie Sektorowej i przeniesionych do nowej Dyrektywy Sektorowej, które to akty prawne obejmują swoim zakresem poza zamawiającymi sektora finansów publicznych także „przedsiębiorstwa publiczne” (ang. *public undertakings*) oraz działające na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych podmioty prywatne³.
22. Definicję praw szczególnych lub wyłącznych zawiera art. 3 ust. 2, zgodnie z którym „prawami szczególnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów”. Pojęcie „praw szczególnych lub wyłącznych” zostało przeniesione do prawa polskiego z przepi-

¹ Por. ustawa z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz. U. z 1991 r., Nr 46, poz. 203).

² Szerzej na temat „celu” udzielania zamówienia w komentarzu do art. 122.

³ Por. art. 2 ust. 1 pkt (b) oraz art. 2 ust. 2 nowej dyrektywy sektorowej.

sów prawa wspólnotowego. Występuje m.in. w przepisach zarówno „starej” jak i nowej dyrektywy sektorowej¹ oraz w innych przepisach prawa Unii Europejskiej, w tym m.in. w art. 86 Traktatu. W doktrynie wskazuje się na następujące rozumienie praw szczególnych lub wyłącznych: „*Podobna zależność wobec władzy publicznej wyróżnia takie przedsiębiorstwa, którym przyznaje ona „prawa specjalne lub wyłączne” (special or exclusive rights). O „prawach specjalnych” lub „prawach wyłącznych” w rozumieniu art. 86 ust. 1 TWE można bowiem mówić wtedy, gdy indywidualnym przedsiębiorstwom przyznawane są w trybie władczym uprawnienia, które – z jednej strony – sprawiają, że przedsiębiorstwa te uzyskują szczególną pozycję w stosunku do innych przedsiębiorstw, z drugiej zaś – powodują, że przedsiębiorstwa te podlegają wpływowi władzy publicznej, jakiego nie ma ona na inne przedsiębiorstwa. Do kategorii tej należą niewątpliwie wszystkie takie sytuacje, w których państwo monopolizuje, w pełni lub częściowo, określoną dziedzinę gospodarki. Nie należą natomiast wszelkie przypadki koncesjonowania jeśli koncesję może otrzymać każdy, kto spełnia określone warunki ustawowe.*”² Ostatnie zdanie obrazuje ewolucję rozumienia pojęcia „prawa szczególne lub wyłączne”, jaka dokonała się głównie za sprawą orzeczeń ETS. Kluczowe znaczenie miało w tym zakresie orzeczenie w sprawie C-302/94³. W orzeczeniu tym Trybunał przesądził, że prawami szczególnymi lub wyłącznymi są tylko prawa udzielone przez władze państwa członkowskiego jednemu lub kilku podmiotom w oparciu o kryteria, które nie są obiektywne, proporcjonalne i niedyskryminacyjne. Tym samym przyznanie tych praw w istotny sposób wpływa na zdolność innych podmiotów do wykonywania określonych usług (w tym wypadku usług telekomunikacyjnych). Trybunał wskazał, że prawami szczególnymi lub wyłącznymi nie są koncesje (zezwolenia), o ile może je uzyskać każdy podmiot, który spełnia obiektywne kryteria. W orzeczeniu podkreślono też, iż sam fakt przyznania określonym podmiotom uprawnień do np. wywłaszczania nieruchomości na cele związane z budową sieci nie jest równoznaczny z przyznaniem im praw szczególnych. Wreszcie, w opinii ETS tylko tam, gdzie przyznanie praw szczególnych lub wyłącznych przez państwo członkowskie ogranicza w istotny sposób konkurencję na rynku określonych usług, mogą mieć zastosowanie szczególne instrumenty prawne przewidziane dyrektywą, których celem jest właśnie zapobieganie negatywnym skutkom dla konkurencji. Istotna jest również kwestia, czy o obowiązku stosowania przepisów Pzp przesądza posiadanie przez konkretny podmiot praw szczególnych lub wyłącznych, czy też wystarczający jest w tym zakresie sam fakt prowadzenia działalności lub przygotowywania się do prowadzenia działalności, która co do zasady prowadzona może być wyłącznie przez podmioty, które uzyskały prawa szczególne lub wyłączne. Z cytowanych powyżej orzeczeń ETS oraz przepisów Dyrektyw wynika, że prawo wspólnotowe dopuszcza sytuacje, w których określonym podmiotom przyznaje się prawa

¹ Por. art. 2 ust. 3 nowej dyrektywy sektorowej.

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

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

szczególne lub wyłączne, ale w konsekwencji działalność tych podmiotów podaje się określonym, dodatkowym rygorom. Istnieje zatem w każdym przypadku ścisły związek pomiędzy prawem przyznanym konkretnemu podmiotowi i ograniczeniami jakie się na ten podmiot nakłada. Tam natomiast, gdzie nie ma mowy o prawach szczególnych lub wyłącznych nie może być także mowy o szczególnych ograniczeniach w prowadzeniu działalności gospodarczej, zwłaszcza w odniesieniu do prywatnych przedsiębiorców. Oznacza to, że obowiązek stosowania przepisów Pzp powstaje z momentem uzyskania przez konkretny podmiot prawa szczególnego lub wyłącznego.

23. Kolejną kategorię zamawiających stanowią inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3. Definicja „środków publicznych” została omówiona w komentarzu do art. 2. Każdy podmiot, niezależnie od jego formy prawnej, własności itp., który spełnia warunki określone w pkt 5 jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy. W związku z tym każdy podmiot, który otrzymuje środki publiczne bądź otrzymuje środki od podmiotów wskazanych w punktach 1–3 komentowanego przepisu i zamierza z wykorzystaniem tych środków sfinansować określone zamówienie, powinien określić przedmiot tego zamówienia i jego szacunkową wartość zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 29–35. Do tak określonej szacunkowej wartości zamówienia powinna następnie zostać odniesiona wartość środków publicznych. Dopiero od wyniku tak przeprowadzonej operacji powinna zależeć decyzja o zastosowaniu bądź nie stosowaniu przepisów Pzp, chyba że w konkretnej sytuacji można z góry przesądzić, czy próg 50% zostanie czy też nie zostanie przekroczony. Należy także pamiętać, że komentowany przepis znajdzie zastosowanie w sytuacji, w której łączny udział środków publicznych i środków przekazanych przez zamawiających, o których mowa w punktach 1–3, przekroczy 50% wartości zamówienia. Z „przekazaniem środków” będziemy mieli do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której to przekazanie będzie miało charakter współfinansowania określonego przedsięwzięcia. Nie jest natomiast „przekazaniem środków” opłacenie przez podmiot z sektora finansów publicznych usługi świadczonej przez inny podmiot. Wypłacone w formie wynagrodzenia środki stają się bowiem środkami własnymi wykonawcy i przy ich wydatkowaniu nie ma on obowiązku stosowania przepisów Pzp¹. Przykładem

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

takiej partycypacji finansowej, która rodzi obowiązek stosowania przepisów ustawy jest sytuacja wspólnoty mieszkaniowej, w której udział finansowy ma podmiot sektora finansów publicznych. Jeżeli wspólnota mieszkaniowa udziela zamówienia na usługę, dostawę lub robotę budowlaną, której ponad 50% wartości finansowane jest ze środków publicznych, jest zobowiązana do stosowania procedur Pzp. Środki publiczne mogą pochodzić z partycypacji w kosztach utrzymania nieruchomości wspólnej podmiotu będącego jej współwłaścicielem, który jednocześnie jest zamawiającym w rozumieniu ustawy¹.

24. Do stosowania przepisów Pzp będą także zobowiązane inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli udzielane przez nie zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie. W odróżnieniu od przesłanki wskazanej w pkt 5, nie jest w tym przypadku istotny procentowy udział przyznanych środków. Jeżeli zamówienie będzie finansowane z ich choćby minimalnym udziałem, stosowanie procedur przewidzianych w Pzp będzie konieczne. Należy zarazem pamiętać, że przyznanie środków (a więc decyzja o ich przekazaniu) musi być uzależnione od stosowania procedur przewidzianych w ustawie. Jeżeli przyznanie środków będzie uzależnione od zastosowania procedur odmiennych od przewidzianych w Pzp, zamówienie nie będzie podlegać jej przepisom (por. komentarz do art. 4 ust. 1 pkt (a)).
25. Ostatnią kategorią zamawiających są podmioty, którym podmioty, o których mowa w pkt 1–3, udzieliły koncesji na roboty budowlane w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania. Problematyka udzielania koncesji na roboty budowlane oraz zasady udzielania zamówień związanych z wykonaniem koncesji przez koncesjonariusza uregulowano w art. 118–121.

Art. 4. [Wyłączenia]

Ustawy nie stosuje się do:

1) zamówień udzielanych na podstawie:

- a) procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej, jeżeli zamówienie ma być finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedur odmiennych niż określone w ustawie,**
- b) umów zawieranych między rządem Rzeczypospolitej Polskiej i rządami państw członkowskich Paktu Północnoatlantyckiego dotyczących stacjonowania wojsk, jeżeli umowy te przewidują inne niż ustawa procedury udzielania zamówień,**

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

- c) umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż ustawa procedury udzielania zamówień;
- 2) zamówień Narodowego Banku Polskiego związanych z:
- a) wykonywaniem zadań dotyczących realizacji polityki pieniężnej, a w szczególności zamówień na usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem i transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych,
 - b) obrotem papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa,
 - c) obsługą zarządzania długiem krajowym i zadłużeniem zagranicznym,
 - d) emisją znaków pieniężnych i gospodarką tymi znakami;
 - e) gromadzeniem rezerw dewizowych i zarządzaniem tymi rezerwami,
 - f) gromadzeniem złota i metali szlachetnych,
 - g) prowadzeniem rachunków bankowych i przeprowadzaniem bankowych rozliczeń pieniężnych;
- 3) zamówień, których przedmiotem są:
- a) usługi arbitrażowe lub pojednawcze,
 - b) usługi Narodowego Banku Polskiego,
 - c) usługi telekomunikacyjne świadczone drogą satelitarną,
 - d) usługi telefoniczne, telexowe lub radiotelefoniczne,
 - e) usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, z wyjątkiem usług w całości opłacanych przez zamawiającego, zamawianych w celu prowadzenia jego własnej działalności, których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność,
 - f) uzbrojenie w rozumieniu ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 119, poz. 1250, z 2001 r. Nr 154, poz. 1789 oraz z 2002 r. Nr 41, poz. 365, Nr 77, poz. 676 i Nr 89, poz. 804),
 - g) nabycie praw do transmisji programów przez nadawców radiowych lub telewizyjnych,
 - h) zakup czasu antenowego,
 - i) nabycie własności i innych praw do nieruchomości,
 - j) usługi finansowe związane z emisją, obrotem lub transferem papierów wartościowych;
- 4) umów z zakresu prawa pracy;
- 4a) zawierania przez pracodawcę umów o wnoszenie przez pracodawcę składek pracowników do pracowniczego programu emerytalnego;¹

¹ Treść ustalona ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych, art. 52 (Dz. U. Nr 116, poz. 1207).

- 5) zamówień objętych tajemnicą państwową zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych albo, jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa;
- 6) zamówień na usługi udzielane innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, któremu przyznano, w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, wyłączne prawo do świadczenia tych usług;
- 7) przyznawania dotacji ze środków publicznych, jeżeli dotacje te są przyznawane na podstawie ustaw;
- 8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 6000 euro,
- 9) zamówień udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6, finansowanych z udziałem środków Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej przeznaczonych na modernizację gospodarstw rolnych.¹

1. W komentowanym artykule zawarto katalog wyłączeń przedmiotowych. Należy przyjąć, że z uwagi na istotne konsekwencje jego zastosowania, przepis ten nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Wyłączenia mają zastosowanie w każdym przypadku, niezależnie od osoby zamawiającego. W art. 129 i 130 Pzp zawarte są wyłączenia, które mają zastosowanie tylko do zamówień udzielanych przez tzw. zamawiających sektorowych.
2. Rozstrzygnięcia wymaga kwestia zamówień „mieszanych”, tzn. obejmujących swoim zakresem zamówienia podlegające przepisom ustawy oraz zamówienia wyłączone. W doktrynie² postuluje się rozstrzyganie tego problemu z uwzględnieniem podstaw wyłączenia. Kluczowe jest to, czy istnieją „pozytywne” przesłanki wyłączenia określonych zamówień, co dotyczy np. zamówień na usługi w zakresie arbitrażu i mediacji, zamówień związanych z obronnością bądź zamówień objętych tajemnicą państwową, których natura nie pozwala na objęcie ich przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, czy też może brak jest jedynie dostatecznych przesłanek uzasadniających konieczność objęcia tego typu zamówień szczegółową regulacją. W pierwszym przypadku, o ile tylko podział zamówienia mieszanego na części nie będzie możliwy, całe zamówienie mieszane pozostawać powinno poza zakresem zastosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. W drugim przypadku, decydujące znaczenie powinna mieć wartość tej części zamówienia, która podlega przepisom Pzp. Jeżeli wartość zamówienia nie wyłączonego przekracza progi, powyżej których zamówienie to powinno być udzielone zgodnie z przepisami Pzp, całe zamówienie mieszane powinno być udzielone zgodnie z jego przepisami.

¹ W brzmieniu nadanym art. 107 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 96, poz. 959).

² Por. np. A. Sołtysińska „Zamówienia publiczne...”, s. 31.

3. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych na podstawie procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej, jeżeli zamówienie ma być finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedur odmiennych od procedur przewidzianych w Pzp. Z brzmienia pkt 1 lit. a wynika, że dla zastosowania zwolnienia muszą zostać spełnione łącznie trzy przesłanki: (1) zamówienie musi być udzielane na podstawie procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej; (2) zastosowanie tej procedury musi być warunkiem przyznania środków, z udziałem których ma być finansowane zamówienie; ponieważ w Pzp mowa jest o „udziale” środków, należy uznać, że dla spełnienia tej przesłanki wystarczający będzie każdy udział takich środków (tzn., że nie ma procentowej granicy, której przekroczenie umożliwiłoby zamawiającemu skorzystanie ze zwolnienia); (3) procedura, według której ma być udzielone zamówienie musi być odmienna od procedur przewidzianych w Pzp. W zakresie tego ostatniego warunku możliwe są dwie interpretacje. Po pierwsze można uznać, że „odmienność” procedury musi mieć charakter istotny, a zatem istnienie pewnych różnic (np. terminologicznych) nie będzie wystarczającą przesłanką uznania, że mamy do czynienia z odmienną procedurą. W szczególności sytuacja taka nie wystąpi wszędzie tam, gdzie procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej będą oparte na przepisach Dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, z którymi zgodne są przepisy Pzp. Druga dopuszczalna interpretacja zakładałaby, iż o odmienności procedury decyduje sam fakt, że nie jest to procedura przewidziana Pzp, nawet jeżeli procedura ta jest w istocie zgodna z jego przepisami (np. odpowiada przepisom o przetargu nieograniczonym). Za prawidłową uznać należy drugą interpretację – „odmienność” procedury może mieć charakter wyłącznie formalny. W każdym przypadku decydująca będzie w związku z tym praktyka podmiotu przyznającego środki.
4. Wyłączenie przewidziane w pkt 1 lit. b dotyczy sytuacji, w których zamówienie udzielane jest na podstawie umowy zawartej przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej i rządy innych państw – członków Sojuszu Północnoatlantyckiego (NATO), której przedmiotem jest stacjonowanie wojsk, niezależnie od tego, czy konkretne zamówienie ma związek ze stacjonowaniem wojsk na terenie naszego kraju. Wyłączenie nie będzie natomiast obejmować zamówień udzielanych na podstawie umów o innym przedmiocie. Udzielanie zamówień w ramach NATO oparte jest na zasadzie zaopatrywania w towary i usługi z najtańszych źródeł dostępnych w krajach członkowskich Sojuszu, pod warunkiem, że towary lub usługi spełniają określone minimalne wymogi wojskowe¹. Dopiero w sytuacji, kiedy towary lub usługi nie mogą być dostarczone z krajów członkowskich w wymaganej jakości i ilości mogą być pozyskane z innych źródeł. Zamówienia w NATO udzielane są w następujących trybach:

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

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

Możliwość skorzystania z poszczególnych trybów uzależniona jest od wartości zamówienia.

5. Przepisów ustawy nie stosuje się także do zamówień udzielanych na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, dotyczącej wdrożenia lub realizacji przedsięwzięcia przez strony tej umowy, jeżeli umowa ta przewiduje inne niż Pzp procedury udzielania zamówień. W prawie międzynarodowym publicznym definiuje się umowę międzynarodową jako zgodne oświadczenie woli dwu lub więcej podmiotów prawa międzynarodowego, które rodzi prawa i obowiązki skuteczne w prawie międzynarodowym. W art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych¹, zawarta jest definicja, zgodnie z którą umowa międzynarodowa to porozumienie między Rzeczypospolitą Polską a innym podmiotem lub podmiotami prawa międzynarodowego, regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest ujęte w jednym dokumencie, czy w większej liczbie dokumentów, bez względu na jego nazwę oraz bez względu na to, czy jest zawierane w imieniu państwa, rządu czy ministra kierującego działem administracji rządowej właściwego do spraw, których dotyczy umowa międzynarodowa. Przykładem umowy międzynarodowej przewidującej odrębne procedury udzielania zamówień jest Wieloletnia Umowa Finansowa zawarta dnia 21 stycznia 2001 r. między Komisją Wspólnot Europejskich a rządem Rzeczypospolitej Polskiej². Określa ona m. in. zasady dokonywania zakupów w ramach realizacji projektów przez beneficjentów programu i pozwala na uzyskanie częściowej refundacji kosztów ze środków programu SAPARD, na które składają się środki pomocowe pochodzące z Unii Europejskiej oraz środki z budżetu państwa przekazywane na rzecz beneficjentów programu przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. Zgodnie z wymaganiami określonymi w omawianej umowie międzynarodowej wszelkie procedury dokonywania zamówień przez beneficjentów publicznych muszą być przeprowadzane zgodnie z instrukcją Komisji Europejskiej z dnia 10 listopada 1999 r. w sprawie udzielania zamówień na usługi, dostawy i roboty budowlane. Przykład tej umowy obrazuje jednocześnie istotę wyłączenia. Można bowiem przyjąć, że procedury przewidywane we wspomnianej instrukcji Komisji Europejskiej są zgodne z Dyrektywami, a tym samym, że nie zachodzą istotne różnice pomiędzy procedurami przyjętymi w Instrukcji a procedurami przewidzianymi w Pzp. „Odrębność” procedur sprowadza się zatem w tym wypadku nie tylko do kwestii merytorycznych (istnienia rozbieżności między procedurami), co do samego faktu, że w danym przypadku istnieje

¹ Dz. U. Nr 39, poz. 443 z późn. zm.

² Umowa opublikowana w Monitorze Polskim z 2001 r. Nr 30, poz. 502 i 503.

konieczność stosowania określonej procedury przewidzianej w umowie międzynarodowej¹.

6. Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień Narodowego Banku Polskiego, a więc do zamówień udzielanych przez ten bank². Zwolnienie innych podmiotów z obowiązku stosowania przepisów Pzp w zakresie, w jakim podmioty te korzystają z usług NBP zawarte jest w pkt 3 lit. b komentowanego przepisu. NBP został zwolniony z obowiązku stosowania przepisów Pzp tylko w odniesieniu do konkretnych zamówień, które pozostają w związku z określoną działalnością tego podmiotu. W pozostałym zakresie, NBP jest zobowiązany stosować przepisy ustawy.
7. Z obowiązku stosowania przepisów Pzp zostały wyłączone zamówienia na określone kategorie usług. Zgodnie z pkt 3 lit. a wyłączeniem objęte są usługi arbitrażowe i pojednawcze. Przyczyną tego jest charakter tych usług – zainteresowani decydują się na skorzystanie z usług konkretnego sądu arbitrażowego (konkretnego mediatora) i to w wielu wypadkach jeszcze przed powstaniem sporu.
8. Wyłączeniu podlegają usługi Narodowego Banku Polskiego. Literalna wykładnia przepisu nakazuje szeroko traktować omawiane wyłączenie i przyjąć, że obejmuje ono wszelkie usługi świadczone przez ten bank, nawet tam, gdzie mógłby się on spotykać z konkurencją ze strony innych podmiotów prowadzących działalność bankową. Choć taka interpretacja prowadzi do uprzywilejowania NBP w stosunku do innych banków, które podobne zlecenia mogą uzyskiwać tylko w drodze procedur o udzielenie zamówienia publicznego, brak jest w przepisach Pzp podstaw do jej kwestionowania. Zakres usług, które mogą być świadczone przez NBP określony jest w przepisach ustawy o Narodowym Banku Polskim.
9. Przepisów ustawy nie stosuje się do określonych rodzajów usług telekomunikacyjnych. Wyłączenie obejmuje w pierwszym rzędzie usługi telekomunikacyjne świadczone drogą satelitarną. Zgodnie z art. 2 pkt 48 ustawy Prawo telekomunikacyjne³ usługą telekomunikacyjną jest usługa polegająca głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej; nie stanowi tej usługi usługa poczty elektronicznej. Sieć telekomunikacyjną stanowią z kolei systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju. (art. 2 pkt 35 wspomnianej

¹ Por. także opublikowany na stronach internetowych Urzędu „Komunikat w sprawie zatwierdzania przez Prezesa Urzędu wyboru wykonawców wyłonionych w procedurze SAPARD”.

² Zgodnie z art. 227 ust. 1 Konstytucji, NBP jest centralnym bankiem państwa, któremu przysługuje wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Podstawą działania NBP są przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. Nr 140, poz. 938 z późn. zm.).

³ Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800.

ustawy). Z zestawienia wskazanych powyżej definicji ustawowych wynika, że zakresem wyłączenia objęta jest tylko część usług telekomunikacyjnych, a mianowicie te usługi, w których sieć telekomunikacyjna jest siecią satelitarną.

10. Z obowiązku stosowania przepisów ustawy wyłączone zostały także usługi telefoniczne, telexowe lub radiotelefoniczne. Inaczej niż w przypadku szeroko pojętych usług telekomunikacyjnych, w tym przypadku wyłączenie ma charakter generalny i ma zastosowanie do wszelkich usług tego typu, niezależnie od tego z wykorzystaniem jakiej sieci są one świadczone. Prawo telekomunikacyjne definiuje pojęcie „publicznie dostępnej usługi telefonicznej”. Zgodnie z art. 2 pkt 30 tej ustawy, pod pojęciem tym należy rozumieć „usługę telekomunikacyjną dostępną dla ogółu użytkowników, w celu inicjowania i odbierania połączeń krajowych i międzynarodowych oraz uzyskania dostępu do służb ustawowo powołanych do niesienia pomocy, za pomocą numeru lub numerów ustalonych w krajowym lub międzynarodowym planie numeracji telefonicznej, która ponadto może obejmować zapewnienie pomocy konsultanta dostawcy usług przy korzystaniu z usług telekomunikacyjnych, uzyskanie informacji o numerach telefonicznych, dostęp do spisów abonentów, dostęp do aparatów publicznych, korzystanie z usług na szczególnych warunkach, korzystanie ze specjalnych udogodnień przez osoby niepełnosprawne, korzystanie z połączeń z numerami niegeograficznymi”. Tak więc termin „usługi telefoniczne” obejmuje zarówno usługi telefonii stacjonarnej, jak i usługi świadczone przez operatorów telefonii komórkowej. Ponieważ usługi SMS/MMS korzystają z tych samych zasobów technicznych, łączą sygnalizacyjnych oraz zasobów dostępowych co usługa telefoniczna, także usługi SMS/MMS należy zaliczyć do usług telefonicznych objętych omawianym wyłączeniem.
11. Ustawodawca zwolnił z obowiązku stosowania przepisów ustawy podmioty, które zamawiają usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych. Definicje „badań naukowych” oraz „badań rozwojowych” zawarte są w przepisach ustawy o Komitecie Badań Naukowych¹. Zgodnie z przepisami tego aktu prawnego badania naukowe to badania podstawowe, obejmujące działalność badawczą – eksperymentalną lub teoretyczną – podejmowaną w celu zdobycia nowej wiedzy o zjawiskach i faktach, nieukierunkowaną na bezpośrednie zastosowanie w praktyce oraz badania stosowane, obejmujące działalność badawczą, podejmowaną w celu zdobycia nowej wiedzy, ukierunkowaną na bezpośrednie zastosowanie w praktyce. Z kolei prace rozwojowe definiowane są jako prace wykorzystujące dotychczasową wiedzę, uzyskaną w wyniku działalności badawczej lub doświadczeń praktycznych, prowadzone w celu wytworzenia nowych lub udoskonalenia istniejących materiałów, wyrobów, urządzeń, usług, procesów lub metod. Należy w związku z tym przyjąć, że usługi „w zakresie badań naukowych i rozwojowych” obejmować będą usługi wykonywane z zastosowaniem odpowiednich, przyjętych przy analizowaniu danego rodzaju

¹ Dz. U. z 2001 r., Nr 33, poz. 389.

zjawisk metod naukowych, których celem będzie zdobycie nowej wiedzy o zjawiskach i faktach. Wyłączenie nie będzie natomiast obejmować różnego rodzaju usług o charakterze doradczo-ekspertycznym czy konsultingowym, świadczonych np. przez placówki naukowo-badawcze. Dla określenia zakresu wyłączenia istotne jest także to, że nie obejmuje ono usług w całości opłacanych przez zamawiającego, zamawianych w celu prowadzenia jego własnej działalności, których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność. Nie ma bowiem uzasadnienia dla wyłączenia tych przypadków, w których świadczone usługi mają czysto komercyjny charakter, a ich wyniki służyć będą wyłącznie zamawiającemu. Należy także uznać, że wyłączenie nie będzie miało zastosowania w sytuacjach, w których usługi, na warunkach wskazanych powyżej, będzie zlecać więcej niż jeden podmiot (rezultaty prac będą stanowiły wyłączną własność więcej niż jednego zamawiającego).

12. Przepisy Pzp nie mają zastosowania do dostaw uzbrojenia w rozumieniu przepisów ustawy o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz o zmianie niektórych ustaw¹. Zgodnie z tym aktem prawnym uzbrojeniem jest broń, amunicja, materiały wybuchowe, wyroby, ich części i technologie, o ile zostały ujęte w wykazie, o którym mowa w art. 6 ust. 2 pkt 2 omawianej ustawy. Przepis ten zawiera delegację dla ministra właściwego do spraw gospodarki do określenia, w drodze rozporządzenia, wykazu uzbrojenia, na obrót którym wymagane jest zezwolenie. Wykaz taki został zawarty w załączniku nr 3 i 4 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie wykazu towarów o znaczeniu strategicznym². Tym samym, udzielanie zamówień na uzbrojenie określone w załączniku nr 3 i 4 powyższego rozporządzenia wyłączone jest spod stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych³. W pozostałym zakresie zamówienia, których przedmiotem jest dostawa uzbrojenia nie będą wyłączone z zakresu zastosowania przepisów Pzp, przynajmniej, o ile nie zajdą inne okoliczności uzasadniające wyłączenia (np. konieczność objęcia zamówienia tajemnicą państwową).
13. Zgodnie z pkt 3 lit. g z zakresu stosowania przepisów ustawy wyłączone jest „nabycie praw do transmisji programów przez nadawców radiowych i telewizyjnych”. W pkt 3 lit. h wyłączono „zakup czasu antenowego.” Ponieważ obydwie kategorie wyłączeń wiążą się ze specyfiką działalności w zakresie produkcji telewizyjnej, zostaną omówione wspólnie. Przepisy Pzp zawierają węższe wyłączenia przedmiotowe odnoszące się do zamówień związanych z produkcją telewizyjną niż Dyrektywa Rady 92/50/EWG. Jedną z kategorii wyłączonych z zakresu zastosowania Dyrektywy są bowiem „umowy, których przedmiotem

¹ Dz. U. Nr 119, poz. 1250 z późn. zm.

² Dz. U. z 2002 r. Nr 182, poz. 1518 z późn. zm.

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

jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja programów przez nadawców radiowych i telewizyjnych, jak również zakup czasu antenowego” (art. 1 (a) (iv) Dyrektywy). Oznacza to, że pewne usługi, które nie są objęte regulacją prawa wspólnotowego i nie są ujęte w definicji „zamówienia publicznego na usługi” zawartej w Dyrektywie są objęte przepisami Pzp. Sytuacja taka nie powoduje jednak niezgodności przepisów prawa polskiego z przepisami prawa wspólnotowego. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem ETS, dyrektywy mają ograniczony cel, jakim jest wprowadzenie minimalnych wspólnych reguł udzielania zamówień publicznych (powyżej określonych progów), gwarantując realizację fundamentalnych zasad swobody prowadzenia działalności gospodarczej, swobody przepływu towarów i usług oraz równego traktowania i zakazu dyskryminacji. W pozostałym zakresie państwa członkowskie dysponują swobodą ustanawiania krajowych procedur i regulacji udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem ich niesprzeczności z całością prawa wspólnotowego (por. orzeczenie z 9 lipca 1987 r. w połączonych sprawach C-27-29 CEI and Bellini). W interesującym zakresie nie występuje druga przesłanka, która umożliwiałaby ewentualne kwestionowanie zgodności omawianego przepisu z prawem wspólnotowym w postaci sprzeczności przyjętej regulacji z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego.

14. Ustalenie zakresu przedmiotowego wyłączenia w zakresie nabycia praw do transmisji programów wymaga zdefiniowania kluczowych terminów. Zgodnie z art. 4 pkt 4 ustawy o radiofonii i telewizji¹, „programem” jest uporządkowany zestaw audycji radiowych lub telewizyjnych, reklam i innych przekazów, regularnie rozpowszechniany oraz pochodzący od jednego nadawcy. Wspomniana ustawa zawiera także definicję audycji – audycją jest część programu radiowego lub telewizyjnego, stanowiąca odrębną całość ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo (art. 4 pkt 5 ustawy o radiofonii i telewizji). W przepisach omawianego aktu prawnego brak jest natomiast definicji terminu „transmisja”. Uprawnione jest w związku z tym posłużenie się pośliłkowo jego powszechnie przyjętym znaczeniem. Pomocna może być definicja zawarta w Słowniku Języka Polskiego PWN, zgodnie z którą transmisja to „przesyłanie, przekazywanie na odległość dźwięków, obrazów, sygnałów za pośrednictwem fal elektromagnetycznych”. W zakresie transmisji radiowych i telewizyjnych pojęcie „transmisja” odnosi się do „przekazywania do studia programów radiowych i telewizyjnych spoza studia, np. z sali koncertowej, z teatru, z stadionu sportowego”. Powyższe rozumienie pojęcia „transmisja” znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy o radiofonii i telewizji. W art. 20b ust. 1 tej ustawy wspomina się o „transmisji z wydarzeń o zasadniczym znaczeniu społecznym”, natomiast w pkt 2 tego ustępu – między innymi o umowach nabycia prawa do transmisji danego wydarzenia. Uwzględniając powyższe należy przyjąć, że zakresem omawianego zwolnienia objęte jest nabywanie praw do przekazywania do studia materiałów programowych (audycji) z danego wydarzenia.

¹ Dz. U. z 2001 r., Nr 101, poz. 1114 z późn. zm.

Przedmiotem umowy mogą być bowiem wyłącznie określone elementy (audycje) składające się na „program”, nie zaś „program” jako zestaw wszystkich składających się nań elementów, pochodzący od jednego nadawcy. Zwolnienie jest także ograniczone podmiotowo, mogą z niego korzystać wyłącznie nadawcy radiowi i telewizyjni, a więc podmioty, które tworzą lub zestawiają programy i rozpowszechniają je lub przekazują innym osobom w celu rozpowszechnienia w całości i bez zmian (art. 4 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji).

15. Ustawa o radiofonii i telewizji nie zawiera definicji „czasu antenowego”. W jej przepisach mowa jest jedynie o „czasie trwania programu”. Należy w związku z tym uznać, że „czasem antenowym” będzie czas w trakcie trwania programu pochodzącego od konkretnego nadawcy. Zawarcie umowy, na mocy której jeden podmiot uzyska prawo do wykorzystania (np. na reklamy) określonej części czasu trwania programu przygotowywanego przez określonego nadawcę nie będzie w związku z tym podlegać przepisom ustawy.
16. Przepisy Pzp nie mają zastosowania do nabycia własności i innych praw do nieruchomości. Brak ograniczenia wyłączenia do praw rzeczowych do nieruchomości oznacza, że wyłączenie ma zastosowanie do nabycia wszelkich praw do nieruchomości, zarówno ograniczonych praw rzeczowych oraz użytkowania wieczystego, jaki i praw o charakterze obligacyjnym¹.” Regulacje dotyczące obrotu nieruchomościami zostały zawarte w Dyrektywie Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na usługi (92/50/EWG). Zgodnie z art. 1 a) iii) powyższej dyrektywy „zamówieniami publicznymi na usługi są umowy o charakterze majątkowym, zawierane pomiędzy usługodawcą a zamawiającym w formie pisemnej, z wyłączeniem umów, których przedmiotem jest, bez względu na sposób finansowania, nabycie, najem lub dzierżawa gruntów, istniejących budynków i innych nieruchomości lub praw do nich.” Także w punkcie nr 26 preambuły Dyrektywy Rady z dnia 14 czerwca 1993r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (93/38/EWG) wskazano, iż „umowy dotyczące nabycia, najmu lub dzierżawy nieruchomości lub praw do nich wykazują cechy powodujące, iż stosowanie do nich przepisów o zamówieniach nie jest właściwe.” Wyłączenie z zakresu zastosowania przepisów Pzp wszelkich praw do nieruchomości jest w związku z tym uzasadnione także na gruncie prawa unijnego.

¹ Opinia UZP publikowana na stronie internetowej Urzędu: „Zgodnie z treścią art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177), przepisów ustawy nie stosuje się do nabywania własności i innych praw do nieruchomości. Z powyższego zapisu jednoznacznie wynika, że nabywanie własności nieruchomości wyłączone zostało spod stosowania ustawy. Ustawodawca nie doprecyzował jednak pojęcia „inne prawa do nieruchomości” dlatego interpretacja tego artykułu może budzić wątpliwości w kwestii jego zakresu – czy obejmuje on wyłącznie prawa rzeczowe inne niż własność, czy także prawa o charakterze obligacyjnym. *Lege non distinguente, skoro sama ustawa nie dokonuje rozróżnienia charakteru praw, w opinii Urzędu Zamówień Publicznych przyjęć należy, iż chodzi tutaj zarówno o rzeczowe jak i obligacyjne prawa do nieruchomości.*”

17. Przepisy Pzp nie znajdują zastosowania do usług finansowych związanych z emisją, obrotem lub transferem papierów wartościowych. Definicję „papieru wartościowego” zawiera art. 921⁶ Kc. Zgodnie natomiast z art. 3 ustawy Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi¹, papierami wartościowymi są m.in.:

- akcje, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne, jak również inne papiery wartościowe wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego oraz zbywalne prawa majątkowe wynikające z papierów wartościowych wskazanych powyżej;
- inne prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny papierów wartościowych wskazanych powyżej (prawa pochodne), a w szczególności kontrakty terminowe i opcje;
- inne prawa majątkowe pod warunkiem, że zostaną zarejestrowane w depozycie papierów wartościowych (od dnia dopuszczenia do publicznego obrotu papierami wartościowymi).

Pod pojęciem „emisji” tak rozumianych papierów wartościowych należy rozumieć tzw. obrót pierwotny tymi papierami, tzn. ich pierwsze wprowadzenie do obrotu. Z kolei „obrotem” tak rozumianymi papierami będą wszelkie czynności związane z transakcjami kupna-sprzedaży papierów wartościowych wprowadzonych do obrotu. „Transferem” papierów wartościowych będą czynności związane z przeniesieniem praw do tych papierów. Czynności takie mogą być, przynajmniej w zakresie publicznego obrotu papierami wartościowymi, dokonywane wyłącznie za pośrednictwem banków, domów maklerskich i innych instytucji finansowych. Podmioty zlecające dokonywanie czynności związanych z papierami wartościowymi instytucjom finansowym wskazanym powyżej zwolnione będą z obowiązku stosowania przepisów Pzp. Do usług finansowych domów maklerskich należy zaliczyć czynności wskazane w art. 30 Prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Zwolnienie przewidziane w ustawie obejmuje także czynności nie związane z publicznym obrotem papierami wartościowymi i nie uregulowane w przepisach prawa o publicznym obrocie, o ile są to usługi finansowe związane z emisją, obrotem i transferem papierów wartościowych.

18. Przepisy Pzp nie mają zastosowania do umów z zakresu prawa pracy. Posłużenie się przez ustawodawcę terminem „umowy z zakresu prawa pracy”, w miejsce terminu „umowy o pracę” sugeruje, że wyłączenie ma stosunkowo szeroki zakres i dotyczy nie tylko umowy o pracę sensu stricte (art. 25 Kodeksu pracy²), ale także innych umów „z zakresu prawa pracy”. Dotyczyć to będzie m.in. umów, których przedmiotem jest wykonywanie pracy tymczasowej, zawieranych za pośrednictwem agencji pracy tymczasowej trudniących się tzw. leasin-

¹ Dz. U. z 2002 r., Nr 49, poz. 447 z późn. zm.

² Dz. U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 z późn. zm.

giem personelu¹. Zakresem zwolnienia nie będą objęte umowy cywilnoprawne (zlecenie, umowa o dzieło), na podstawie których często wykonywane są czynności zbliżone do czynności wykonywanych w ramach stosunku pracy. Umowy te nie podlegają bowiem regulacji kodeksu pracy, a tym samym nie są „umowami z zakresu prawa pracy”, o jakich mowa w Pzp. Zakresem omawianego wyłączenia nie będą także objęte umowy, których przedmiotem są różnego rodzaju świadczenia na rzecz pracowników (np. umowy o badanie lekarskie pracowników).

19. Nowelizacja Pzp dokonana na mocy przepisów ustawy o pracowniczych programach emerytalnych² wyłączyła z zakresu zastosowania jej przepisów zawieranie przez pracodawcę umów o wnoszenie przez pracodawcę składek pracowników do pracowniczego programu emerytalnego. Wyłączenie to nie stanowi nowej regulacji merytorycznej, a jedynie potwierdza istniejący stan prawny. Należy bowiem pamiętać, że składki wnoszone przez pracodawcę do pracowniczego programu emerytalnego pochodzą z wynagrodzeń pracowników (por. art. 24 ustawy o pracowniczych programach emerytalnych). Tym samym stroną umowy nie jest pracodawca, ale pracownik (podmiot niezobowiązany do stosowania przepisów Pzp). Przesądza to, że przy braku stosownego wyłączenia wskazane umowy nie byłyby objęte zakresem zastosowania przepisów ustawy.
20. W punkcie 5 wyłączono zamówienia dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, zamówienia, które objęte są tajemnicą państwową w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych³. Zgodnie z przepisami tej ustawy, tajemnicę państwową stanowią informacje niejawne określone w wykazie rodzajów informacji niejawnych, stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy, których nieuprawnione ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej, a w szczególności dla niepodległości lub nienaruszalności terytorium, interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli, albo narazić te interesy na co najmniej znaczną szkodę. Tak rozumiane tajemnice państwowe mogą być oznaczone klauzulą „ściśle tajne” (w przypadku gdy ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować istotne zagrożenie dla niepodległości, nienaruszalności terytorium albo polityki zagranicznej lub stosunków międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej albo zagrażać nieodwracalnymi lub wielkimi stratami dla interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli lub innych istotnych interesów państwa, albo narazić je na szkodę w wielkich rozmiarach) albo „tajne” (w przypadku gdy ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować zagrożenie dla międzynarodowej pozycji państwa, interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli, innych istotnych interesów państwa albo narazić je na znaczną szkodę).

¹ Por. przepisy ustawy z 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. Nr 166, poz. 1608).

² Por. art. 52 tej ustawy (Dz. U. Nr 116, poz. 1207); nowelizacja weszła w życie 1 czerwca 2004 r.

³ Dz. U. z 1999 r. Nr 11, poz. 95 z późn. zm.

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

21. Ustawie nie podlegają zamówienia, jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa. W przepisie tym mamy do czynienia z pojęciem nieostrym, jakim jest „istotny interes bezpieczeństwa państwa”. Jak się wydaje wyłączenie to będzie przede wszystkim dotyczyć zamówień, przy których ujawnienie informacji poufnych powodowałoby szkodę dla interesów bezpieczeństwa państwa, ale już nie tam, gdzie szkoda dotyczyłaby innych interesów państwa)¹. Decyzję o skorzystaniu z tej przesłanki każdorazowo podejmuje zamawiający, analizując okoliczności udzielenia zamówienia i wystąpienie zagrożenia istotnego interesu bezpieczeństwa państwa, które mogłoby mieć miejsce w przypadku zastosowania do udzielenia zamówienia procedury Pzp. Zagrożenie to mogłoby wynikać z zastosowania zawartych w ustawie zasad jawności i powszechności dostępu do wykonywanych zamówień. Zagrożenie to musi mieć przy tym charakter rzeczywisty, a rozszerzająca interpretacja wyłączenia jest niedopuszczalna. Nie można bez wątplenia uznać za zagrożenie „istotnego interesu bezpieczeństwa państwa” ujawnienia informacji lub pozyskania wiadomości, które można uzyskać z innych powszechnie dostępnych źródeł.
22. Przepisy ustawy nie znajdują zastosowania do zamówień na usługi udzielane podmiotom, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 w zakresie, w jakim pod-

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

miotom tym przyznano wyłączne prawo świadczenia tych usług. Tak sformułowany zakres wyłączenia uniemożliwia odstępianie od stosowania przepisów Pzp, gdy prawa wyłączne przysługują podmiotom innym niż wymienione w tym przepisie. W istotnej części przypadków możliwe będzie w tym zakresie skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki.

23. Z obowiązku stosowania przepisów ustawy wyłączono przyznawanie dotacji ze środków publicznych, jeżeli są one przyznawane na podstawie ustaw. Zgodnie z art. 69 ust. 4 ustawy o finansach publicznych „dotacjami” są podlegające szczególnym zasadom rozliczania, wydatki budżetu państwa. Wśród tak rozumianych dotacji wyróżnia się m.in. dotacje „celowe” (przeznaczone na realizację określonych zadań), „podmiotowe” (przeznaczone na dofinansowanie działalności bieżącej ustawowo wskazanego podmiotu) oraz „przedmiotowe” (przeznaczone na dopłaty do określonych rodzajów wyrobów lub usług, kalkulowanych według stawek jednostkowych). Przykładem dotacji udzielanych „na podstawie ustaw” mogą być m.in. dotacje dla przedsiębiorców, udzielane w oparciu o przepisy ustawy o finansach publicznych, zgodnie ze szczegółowymi warunkami określonymi w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie szczegółowych zasad finansowania inwestycji z budżetu państwa¹.
24. W wielu aktach prawnych przyjmuje się pewien próg bagatelności, poniżej którego przepisy tych aktów nie znajdują zastosowania. Z reguły uzasadnia się to tym, że ewentualne korzyści wynikające z rozszerzenia zakresu stosowania przepisów danego aktu prawnego na czynności „bagatelne” nie równoważyłoby kosztów, wysiłku organizacyjnego itp. wdrożenia pewnych rozwiązań. Podobnie jest w przypadku przepisów Pzp. Z zakresu ich zastosowania wyłączono te zamówienia, których szacunkowa wartość nie przekracza równowartości w złotych polskich kwoty 6000 euro. Zamawiający, chcąc uniknąć ryzyka zarzutu naruszenia przepisów ustawy powinien każdorazowo zastosować dla określenia przedmiotu zamówienia i jego szacunkowej wartości art. 29–35. Gdy w rezultacie tych czynności ustalili, że wartość zamówienia nie jest wyższa niż równowartość 6000 euro może poniechać stosowania Pzp.
25. Na mocy art. 107 ustawy o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej² dokonana została nowelizacja Pzp. Przepis ten wprowadził z dniem 1 maja 2004 r. zmianę polegającą na dodaniu w art. 4 nowego punktu oznaczonego numerem 9. Zwolnił on z obowiązku stosowania ustawy podmioty wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6 w zakresie, w jakim udzielają zamówień finansowanych z udziałem środków Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 133, poz. 1480.

² Dz. U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959.

przeznaczonych na modernizację gospodarstw rolnych. Bez takiego wyłączenia podmioty wydatkujące środki tego Funduszu mogłyby być zobowiązane do stosowania przepisów Pzp, ponieważ zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, środkami publicznymi są m.in. „środki pochodzące z Sekcji Gwarancji Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej”.

26. Przedmiotowe ograniczenie zakresu stosowania przepisów Pzp przewidziano także w innych aktach prawnych. Przykładowo, w przepisach ustawy o zakładach opieki zdrowotnej¹ wyłączono stosowanie Pzp do zamówień na świadczenia zdrowotne. Definicję świadczeń zdrowotnych zawiera art. 3 tej ustawy. Z kolei w myśl art. 54a ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym² w związku z art. 70d ust. 5 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, przepisów Pzp nie stosuje się do udzielania zamówień na świadczenie usług transportu sanitarnego. Zgodnie z brzmieniem art. 70d ust. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, umowy o wykonywanie usług transportu sanitarnego zawierane przez Kasy Chorych i publiczne zakłady opieki zdrowotnej muszą być poprzedzone konkursem ofert, którego szczegółowe zasady określa rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenia zdrowotne³.
27. Choć przepisy Pzp nie przesadzają tego w sposób jednoznaczny (brak jest wyłączenia, które zawarte było w przepisach uzp), należy uznać, że procedury zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do zamówień udzielanych własnym gospodarstwom pomocniczym lub zakładom budżetowym przez zamawiających będących jednostkami organizacyjnymi Skarbu Państwa lub jednostkami samorządu terytorialnego. Do takiej konkluzji prowadzi definicja legalna zamówienia publicznego zawarta w art. 2 pkt 13. Zgodnie z tym przepisem przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Oznacza to, że o zamówieniu publicznym można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy umowa zawierana jest pomiędzy dwoma niezależnymi podmiotami. Tymczasem w omawianym przypadku „zamówienie” udzielane jest w ramach jednego podmiotu (Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego), co wyłącza możliwość stosowania przepisów ustawy. Należy pamiętać, że reguła ta nie znajduje zastosowania tam, gdzie zamówienie udzielane będzie państwowej lub komunalnej osobie prawnej (np. spółce prawa handlowego), a także w sytuacji, w której mamy do czynienia z jednostkami organizacyjnymi różnych podmiotów (np. udzielenie przez gminę zamówienia zakładowi budżetowemu utworzonemu przez inną gminę).

¹ Dz. U. z 1991 r. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

² Dz. U. z 1997 r. Nr 28, poz. 153 z późn. zm.

³ Dz. U. z 1998 r. Nr 93, poz. 592.

Art. 5. [Wyłączenia dotyczące usług]

1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których przedmiotem są usługi:
 - 1) w zakresie ochrony, z wyjątkiem związanych z konwojowaniem pieniędzy i kosztowności;
 - 2) socjalne;
 - 3) hotelarskie;
 - 4) restauracyjne;
 - 5) transportu kolejowego;
 - 6) transportu morskiego i żeglugi śródlądowej;
 - 7) prawnicze;
 - 8) w zakresie doradztwa personalnego;
 - 9) w zakresie szkolenia;
 - 10) zdrowotne;
 - 11) w zakresie kultury;
 - 12) w zakresie sportu i rekreacji;
 - 13) detektywistyczne
 - zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących wstępnych ogłoszeń informacyjnych, terminów, wadium, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, a dla zamówień określonych w pkt 3–13 również przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku zatwierdzenia w tych przypadkach trybu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem Urzędu”.
 2. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, o których mowa w ust. 1, oraz inne usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.
 3. Zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur udzielania zamówień określonych ustawą łączyć innych zamówień z usługami, o których mowa w ust. 1.
1. Komentowany artykuł wprowadza daleko idącą liberalizację zasad udzielania zamówień na pewne rodzaje usług. Jest on oparty na rozwiązaniach przyjętych w art. 8 i 9 Dyrektywy 92/50/EWG. Przepisy te wyróżniają „usługi priorytetowe” (ang. „*priority services*”), do których mają zastosowanie wszystkie przepisy Dyrektywy oraz pozostałe, niepriorytetowe usługi (ang. „*non-priority services*”), do których poza przepisami ogólnymi mają zastosowanie wyłącznie przepisy Dyrektywy dotyczące specyfikacji technicznych (art. 14) oraz publikacji ogłoszenia o wyniku zamówienia (art. 16). Usługi niepriorytetowe wymienione są w załączniku I B do Dyrektywy. Ich wykaz jest w dużej mierze zbieżny z listą usług zawartą w art. 5. W załączniku I B do dyrektywy zawarta jest także pozycja „inne usługi”, co teoretycznie otwiera możliwość zaliczania do usług niepriorytetowych wszelkich usług nie wymienionych wyraźnie na liście usług

priorytetowych (stanowiącej załącznik IA do Dyrektywy). Tymczasem wykaz usług wymienionych w art. 5 jest zamknięty. Nie ma zatem możliwości udzielenia na zasadach przewidzianych w komentowanym przepisie zamówień na jakiegokolwiek inne usługi.

2. Różne jest także podejście ustawodawcy polskiego do zasad udzielania zamówień na usługi wskazane w art. 5. Jak już wskazano powyżej, przepisy Dyrektywy 92/50/EWG nakazują stosować do nich jedynie postanowienia dotyczące specyfikacji technicznych oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Zakres zastosowania przepisów Pzp jest szerszy, choć w dalszym ciągu swoboda zamawiających w odniesieniu do tych usług jest daleko posunięta.
3. Do udzielania zamówień na usługi wymienione w art. 5 mają zastosowanie przepisy dotyczące np. zamawiających i wykonawców (także w zakresie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów wykluczenia), opisu przedmiotu zamówienia i ustalania jego szacunkowej wartości (w tym przepisy dotyczące zamówień na usługi powtarzające się okresowo), trybów udzielania zamówienia (z wyłączeniem przepisów dotyczących przesłanek wyboru trybu, terminów oraz wadium), dokumentowania postępowań, środków odwoławczych itp. Nad udzieleniem tego typu zamówień kontrola Prezesa Urzędu nie została wyłączona. Art. 5 daje zamawiającemu możliwość wyboru stosowania albo nie stosowania określonych przepisów Pzp. Możliwość wyboru ustaje jednak z chwilą wszczęcia postępowania. Jeżeli zamawiający podejmie decyzję o stosowaniu pewnych przepisów (np. umieszczając pewne postanowienia w specyfikacji), nie może decyzji tej w sposób dowolny zmieniać w trakcie postępowania, np. wprowadzając dodatkowe podmiotowe kryteria oceny ofert w trakcie postępowania. Takie działania zamawiającego z jednej strony sprzeczne byłyby z zasadami udzielania zamówień (np. zasadą uczciwej konkurencji, zasadą równego traktowania wykonawców), z drugiej – z konkretnymi przepisami Pzp (np. art. 38 ust. 5, zabraniający zmiany kryteriów oceny ofert zawartych w specyfikacji).
4. Udzielając zamówienia na usługi wskazane w ust. 1 zamawiający ma możliwość niestosowania przepisów dotyczących terminów. Należy przyjąć, że zwolnienie to dotyczy terminów, jakie muszą upłynąć od momentu ogłoszenia o zamówieniu do daty składania ofert – zamawiający ma możliwość wyznaczenia zarówno krótszego jak i dłuższego terminu składania ofert (por. np. art. 43). Podobnie, zamawiający może wyznaczyć dowolny termin, w jakim wykonawcy będą związani ofertą (por. art. 85). Podejmując decyzję w tym zakresie zamawiający jest związany jedynie ogólnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności zasadami określonymi w art. 7 ust. 1. Ustalenie terminów nierealistycznych (zwłaszcza zbyt krótkich na przygotowanie oferty) mogłoby zostać potraktowane jako naruszenie tych zasad. Nie można natomiast uznać, że komentowany przepis może odnosić się do terminów proceduralnych, w tym zwłaszcza terminów na wniesienie i rozpatrzenie protestów. Przyjęcie takiego rozwiązania byłoby bowiem równoznaczne z praktycznym pozbawieniem wykonawców ochrony praw-

nej, co – jak należy zakładać – nie było intencją ustawodawcy. Możliwość niestosowania przepisów dotyczących wadium oznacza, że zamawiający ma możliwość odstąpienia od stawiania takiego wymogu i nie pobrania wadium od wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jeżeli jednak zamawiający nie korzysta z tego uprawnienia i żąda wadium od wykonawców, jest związany przepisami regulującymi instytucję wadium (por. art. 45 i art. 46). Zamawiający ma także możliwość ustalenia kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Oznacza to, że poza kryteriami oceny ofert wskazanymi w art. 91 ust. 2, zamawiający może ustalić kryteria oceny ofert odnoszące się przykładowo do wiedzy i doświadczenia czy też potencjału technicznego wykonawcy. Także i w tym zakresie granice swobody zamawiającego wyznaczają ogólne zasady udzielania zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zasada równego traktowania oferentów oraz zasada zapewnienia uczciwej konkurencji.

5. Zamawiający udzielający zamówień na usługi wskazane w omawianym przepisie mają możliwość swobodnego stosowania trybów udzielenia zamówienia innych niż tryby podstawowe, niezależnie od występowania przesłanek stosowania tych trybów oraz bez konieczności uzyskiwania zgody Prezesa Urzędu. W przypadku zamówień wskazanych w punktach 3 do 13 dotyczy to także trybu zamówienia z wolnej ręki. Jeżeli w związku z tym, pomimo braku obowiązku uzyskania zgody Prezesa UZP, zamawiający o taką zgodę wystąpi, postępowanie zostanie umorzone na podstawie art. 105 § 1 Kpa.
6. W ust. 2 unormowano postępowanie w przypadku zamówień wielorodzajowych (zwanych także mieszanymi), w skład których wchodzi także zamówienie na usługi objęte art. 5 ust. 1. Ustawodawca wprowadził regułę stosowaną powszechnie – o tym, jaki reżim przepisów należy zastosować decyduje wartościowy udział poszczególnych przedmiotów zamówienia w całkowitej wartości zamówienia (por. także komentarz do art. 6). Z uwagi na daleko idącą liberalizację zasad rządzących udzielaniem zamówień, o których mowa w ust. 1, w ust. 3 komentowanego przepisu wprowadzono generalny zakaz łączenia zamówień na usługi wskazane w ust. 1 z innymi zamówieniami. Zakaz ten ma przeciwdziałać sztucznemu łączeniu zamówień, dokonywanemu w celu uniknięcia stosowania procedur przewidzianych w ustawie. W każdym wypadku zamawiający powinien wykazać, że za połączeniem konkretnych, różnorodnych zamówień przemawiają określone względy. W braku należytego uzasadnienia łączenia zamówień dojdzie do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień. Gdy łączenie będzie miało na celu uniknięcie stosowania przepisów Pzp, konsekwencją takich poczynań może stać się unieważnienie postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7).
7. Dla zamawiających szczególnie istotne jest ustalenie, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z usługą objętą omawianym przepisem. Zamawiający mogą się w tym zakresie kierować załącznikiem IB do Dyrektywy 92/50/EWG, w którym zawarta jest tabela korelacji pomiędzy poszczególnymi usługami niepriorytetowymi a numerami CPC. Podstawowe znaczenie należy przypisać

postanowieniom CPV, przy pomocy których, zgodnie z art. 30 ust. 4, zamawiający powinni określić przedmiot zamówienia oraz przepis prawa krajowego dotyczący wykonywania określonych rodzajów działalności. Tylko odwołując się do tych dwóch źródeł zamawiający będą mogli rozstrzygnąć ewentualne wątpliwości co do możliwości objęcia określonego zamówienia reżimem art. 5. Wskazana wyżej technika (odwołująca się do przepisów prawa krajowego i kodów CPV) zostanie zastosowana w komentarzu.

8. Pierwszą kategorią usług, które wymagają zdefiniowania są usługi w zakresie ochrony. Usługi te, wraz z usługami detektywistycznymi, stanowią odrębną grupę CPV, oznaczoną kodem 74600000-5. Wśród kategorii tych usług, Słownik wymienia m.in. usługi nadzoru przy użyciu alarmu, usługi dozoru, usługi w zakresie nadzoru oraz usługi patrolowe. W prawie polskim kwestie związane ze świadczeniem usług ochroniarskich uregulowane są w ustawie z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia¹. W art. 2 tej ustawy zdefiniowano ochronę osób (jako działania mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa życia, zdrowia i nieetykalności osobistej) oraz ochronę mienia (jako działania zapobiegające przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu, a także przeciwdziałające powstawaniu szkody wynikającej z tych zdarzeń oraz nie dopuszczające do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony). Zgodnie z art. 3 tej ustawy, ochrona osób i mienia realizowana jest w formie bezpośredniej ochrony fizycznej: (1) stałej i doraźnej, (2) polegającej na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych oraz (3) polegającej na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych. Ochrona fizyczna może być także realizowana w formie zabezpieczenia technicznego, polegającego na (1) montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych, sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia, oraz eksploatacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania oraz (2) montażu urządzeń i środków mechanicznego zabezpieczenia oraz ich eksploatacji, konserwacji, naprawach i awaryjnym otwieraniu w miejscach zainstalowania. Wskazane powyżej usługi (formy ochrony osób i mienia) nie podlegają przepisom ustawy, z wyjątkiem usług polegających na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych².
9. Pojęcie „usługi socjalne” nie jest definiowane w przepisach prawa. Powszechnie przyjmuje się, że w jego zakresie będą mieścić się wszelkiego rodzaju usługi

¹ Dz. U. z 1997 r. Nr 114, poz. 740 z późn. zm.

² W ramach odrębnego działu CPV wymienia się np. „usługi ochrony wystaw” oraz „usługi ochrony obiektów i budynków historycznych”. W świetle postanowień Słownika nie jest więc jasne, czy także i te usługi mogą korzystać ze szczególnego reżimu udzielania zamówień przewidzianego w art. 5 ustawy. Jak się wydaje, odpowiedzi należy w takich wypadkach szukać w przepisach prawa krajowego. Jeżeli usługi ochrony muzeum wykonywane są przez agencję ochrony, to nie ma podstaw do tego, by tylko z uwagi na ich wyodrębnienie w ramach CPV traktowane były w sposób odmienny od pozostałych usług ochroniarskich.

dotyczące wypoczynku, działalności kulturalno-oświatowej i sportowo-rekreatyjnej, które finansowane są przez pracodawców z zakładowego funduszu świadczeń socjalnych¹. Pomocne w interpretacji tego pojęcia może być także odwołanie się do znaczenia przypisywanego mu na gruncie języka powszechnego. Pod terminem „socjalny” rozumie się „mający na celu zaspokojenie potrzeb bytowych i kulturalnych”². Takie rozumienie pozwala zaliczyć do usług socjalnych m.in. usługi opiekuńcze. Zgodnie bowiem z art. 2 ustawy o pomocy społecznej³, celem pomocy społecznej jest m.in. zaspokajanie niezbędnych potrzeb życiowych osób i rodzin. Art. 10 ust. 2 wspomnianej ustawy zalicza do zadań gminy w zakresie pomocy społecznej m.in. świadczenie usług opiekuńczych, w tym specjalistycznych, w miejscu zamieszkania.

10. „Usługi hotelarskie i restauracyjne” stanowią odrębny Dział CPV (kod 55000000-0), zaś „usługi hotelarskie” odrębną grupę usług w ramach tego Działu (kod 55100000-1). Do usług hotelarskich zalicza się zgodnie z CPV poza usługami hotelarskimi *sensu stricte* także usługi w zakresie m.in. pól kempingowych, schronisk młodzieżowych, oraz domów wypoczynkowych (CPV nie wyróżnia w ramach tego działu kategorii – najniższą jednostką klasyfikacji są klasy). Zasady świadczenia „usług hotelarskich” określają przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych⁴. Ustawa ta definiuje usługi hotelarskie jako krótkotrwałe, ogólnie dostępne wynajmowanie domów, mieszkań, pokoi, miejsc noclegowych, a także miejsc na ustawienie namiotów lub przyczep samochodowych oraz świadczenie, w obrębie obiektu, usług z tym związanych. Zgodnie z jej art. 35 usługi te mogą być świadczone w obiektach hotelarskich, do których zalicza się: hotele, motele, pensjonaty, kempingi (campingi), domy wycieczkowe, schroniska młodzieżowe, schroniska oraz pola biwakowe. Świadczenie usług hotelarskich w innego rodzaju obiektach jest możliwe pod warunkiem wypełnienia wymogów w zakresie wyposażenia, wymogów sanitarnych, wymogów przeciwpożarowych itp.
11. Jak już wspomniano, „usługi hotelarskie i restauracyjne” stanowią odrębny dział CPV, w ramach którego funkcjonuje grupa „Usługi restauracyjne i dotyczące podawania posiłków” (kod 55300000-3). Do kategorii tak rozumianych „usług restauracyjnych” CPV zalicza m.in. restauracyjne usługi kelnerskie dla ograniczonej grupy klientów, usługi przygotowywania posiłków, usługi gotowania posiłków, usługi prowadzenia bufetów, oraz usługi rozwożenia posiłków. Przepisy prawa nie definiują „usług restauracyjnych”. W ustawie o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia mowa jest jedynie o zakładach żywienia zbiorowego.

¹ Por. przepisy ustawy z 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (Dz. U. z 1996 r., Nr 335, poz. 170). CPV nie wyróżnia „usług socjalnych”. Mieścić się jednak one będą w znaczącej części w usługach rekreacyjnych, kulturalnych i sportowych, które także objęte są reżimem art. 5 ustawy.

² Por. A. Markowski (red.), „Nowy słownik poprawnej polszczyzny PWN, Warszawa 1999, s. 943.

³ Dz. U. z 1998 r., Nr 64, poz. 414 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 2001 r., Nr 55, poz. 578 z późn. zm.

rowego, tzn. miejscach prowadzenia działalności w zakresie zorganizowanego żywienia konsumentów oraz zakładach żywienia zbiorowego typu zamkniętego, tzn. miejscach prowadzenia działalności w zakresie zorganizowanego żywienia w szczególności w szpitalach, zakładach opiekuńczo-wychowawczych, żłobkach, przedszkolach, szkołach, internatach, zakładach pracy, określonych grup konsumentów, z wyłączeniem żywienia w samolotach i innych środkach przewozu.

12. Towarowy transport kolejowy stanowi odrębną kategorię CPV, wchodzącą w skład działu pod nazwą „Usługi transportu lądowego oraz przesył za pomocą rurociągów” (kod kategorii – 60121000-2). W prawie polskim zasady świadczenia usług transportu kolejowego określone są w przepisach ustawy o transporcie kolejowym¹. „Usługi transportu wodnego” stanowią odrębny Dział CPV (kod 6100000-5), w ramach którego nie wyróżnia się transportu morskiego i śródlądowego. Z kolei w prawie polskim zasady świadczenia transportu morskiego regulują przepisy ustawy Kodeks morski². Kwestie związane z żeglugą śródlądową regulują przepisy ustawy o żegludze śródlądowej³.
13. „Usługi prawnicze” stanowią odrębną klasę wchodzą w skład działu zatytułowanego „Usługi w zakresie prawa, księgowości, audytu, działalności gospodarczej, zarządzania i podobne” (kod klasy – 74110000-3). Wśród kategorii usług prawniczych CPV wymienia m.in.: usługi w zakresie doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej oraz usługi w zakresie dokumentów (usługi uwierzytelniania). W Polsce usługi prawnicze świadczone są przede wszystkim przez adwokatów, zgodnie z przepisami ustawy Prawo o adwokaturze⁴, notariuszy, zgodnie z przepisami ustawy Prawo o notariacie⁵ oraz radców prawnych, zgodnie z przepisami ustawy o radcach prawnych⁶.
14. Termin „usługi w zakresie doradztwa personalnego” należy, jak się wydaje, interpretować przez pryzmat załącznika IB do Dyrektywy 92/50/EWG, w którym mowa jest o „usługach rekrutacyjnych i rozmieszczeniu pracowników”. Usługi te w CPV objęte są grupą o kodzie 74500000-4. Zalicza się do nich m.in. usługi poszukiwania pracy, usługi w zakresie relokacji pracowników oraz usługi rekrutacyjne. Zasady prowadzenia działalności w zakresie doradztwa personalnego przez agencje zatrudnienia określają przepisy ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy⁷.

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 789 z późn. zm.

² Dz. U. z 2001 r. Nr 138, poz. 1545 z późn. zm.

³ Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 43 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058 z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 z późn. zm.

⁶ Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 z późn. zm.

⁷ Dz. U. z 2004 r. Nr 99, poz. 1001.

15. W skład działu pod nazwą „Usługi edukacyjne” wchodzi odrębna klasa pod nazwą „Usługi szkoleniowe” (kod 80420000-4). Wśród kategorii tej klasy wyróżnia się m.in. usługi szkolenia specjalistycznego, placówki szkoleniowe, usługi szkolenia w zakresie: środowiska naturalnego, bezpieczeństwa, zdrowia i pierwszej pomocy. W skład klasy nie wchodzi natomiast np. usługi szkół nauki jazdy, pilotażu, żeglowania, nurkowania itp. Z załącznika I B do Dyrektywy 92/50/EWG wynika, że zwolnieniem powinny być objęte również te usługi. Wchodzi one bowiem w skład „usług edukacyjnych i szkolenia zawodowego”, zaliczanego do usług niepriorytetowych.
16. CPV wyróżnia odrębny dział pod nazwą „Usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej” (kod 85000000-9). Wśród kategorii usług wchodzących w skład tego działu wyróżnia się m.in. usługi szpitalne, ogólne usługi lekarskie, usługi stomatologiczne, usługi ambulatoryjne oraz usługi analizy medycznej. Kwestie związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych regulują przepisy ustawy o zakładach opieki zdrowotnej¹. Zgodnie z przepisami tej ustawy „świadczeniem zdrowotnym” jest działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. W ustawie zawarty jest także katalog przykładowych świadczeń zdrowotnych. W art. 32e ust. 1 przywoływanej ustawy zdefiniowano natomiast pojęcie „usługi medycznej”. Rozumie się przez nie świadczenia zdrowotne i związane z ich udzielaniem usługi, udzielane w publicznych zakładach opieki zdrowotnej oraz przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych na zasadach określonych w przepisach ustawy, podlegające rejestrowaniu i monitorowaniu w systemie ewidencyjno-informatycznym, zwanym dalej „rejestr usług medycznych”. Powstaje pytanie, jaka jest wzajemna relacja między „świadczeniami zdrowotnymi” i „usługami medycznymi”, o jakich mowa w przepisach ustawy o świadczeniach zdrowotnych, a „usługami zdrowotnymi”, o jakich mowa w przepisach Pzp. „Świadczenia zdrowotne” realizowane są na rzecz „ludności” (ogółu pacjentów) i mają charakter powszechnie dostępny. W konsekwencji, przepisy ustawy o zakładach opieki zdrowotnej przewidują specjalne tryby ich zamawiania, z wyłączeniem przepisów Pzp (por. art. 35 ust. 3). „Usługi zdrowotne”, o których mowa w Pzp należą natomiast do grupy „usług medycznych” zamawianych przez konkretnego zamawiającego, który dokonuje ich zakupu na swoją rzecz (np. opieka zdrowotna nad pracownikami zamawiającego).
17. „Usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe” stanowią odrębny dział CPV (kod 9200000-1). Zalicza się do nich m.in. usługi kinematograficzne oraz wideo, usługi radiowe i telewizyjne, usługi rozrywkowe, usługi świadczone przez biblioteki, archiwa, muzea i inne usługi kulturalne oraz usługi sportowe. Termin „usługi kulturalne” nie ma w przepisach prawa jednolitej i precyzyjnej definicji. Za usługi w tym zakresie należy uznać w szczególności usługi świadczone przez

¹ Dz. U. z 1991 r. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.

podmioty prowadzące działalność kulturalną, przez którą zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej¹, należy rozumieć działalność polegającą na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. Tak rozumianą działalność kulturalną mogą prowadzić osoby prawne, osoby fizyczne oraz jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, w szczególności w formach organizacyjnych wymienionych w art. 2 cytowanej ustawy, takich jak: teatry, opery, filharmonie, opery, operetki, orkiestry, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury. Kluczowe kwestie związane z uprawianiem sportu oraz rekreacją ruchową regulują przepisy ustawy o kulturze fizycznej².

Art. 6. [Zamówienia wielorodzajowe]

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

1. Art. 6 dotyczy tzw. zamówień wielorodzajowych (zwanych także „mieszany-mi”), tzn. zamówień na świadczenia właściwe dla różnych rodzajów zamówień (dostaw, usług lub robót budowlanych). Zawarte w nim wytyczne pozwalają rozstrzygnąć, czy udzielenie zamówienia wielorodzajowego odbywać się będzie na zasadach przewidzianych dla dostaw, usług czy też może robót budowlanych³. Jest to istotne z punktu widzenia przepisów ustawy dotyczących m.in.:
 - ogłoszeń o zamówieniach (art. 13, art. 40 ust. 3 i 4, art. 95 ust. 2);
 - przedłużenia terminu na składanie ofert w przypadku modyfikacji SIWZ (art. 38 ust. 7);
 - terminów na składanie ofert (np. art. 43 ust. 3) albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (np. art. 49 ust. 3);

¹ Dz. U. z 2001 r., Nr 13, poz. 123.

² Dz. U. z 2001 r., Nr 81, poz. 889 z późn. zm.

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

- wymogu uzyskania zgody Prezesa Urzędu na zastosowanie trybu udzielenia zamówienia (np. art. 55 ust. 2) albo przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia (np. art. 67 ust. 1 pkt 7);
 - ilości podmiotów, jakie należy zaprosić do udziału w postępowaniu (np. 57 ust. 1);
 - wymogu powiadomienia Komisji Europejskiej o określonych zdarzeniach (art. 62 ust. 3, art. 90 ust. 4);
 - obowiązku stosowania przepisów Pzp w zależności od wartości zamówienia (art. 123 ust. 1 i 2);
 - stosowania preferencji wspólnotowych (art. 132 pkt 2);
 - obowiązku stosowania zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 147 ust. 3);
 - stosowania tzw. reżimu zaostrzonego dla zamówień o największej wartości (por. np. art. 167 ust. 2 Pzp);
 - wysokości kary pieniężnej nakładanej przez Prezesa Urzędu (art. 201 ust. 2).
2. Reguły zawartej w art. 6 nie stosuje się do art. 29–35. W tych ostatnich unormowano reguły oznaczania przedmiotu zamówienia i ustalania jego szacunkowej wartości. Przepisy tych artykułów należy zastosować w pierwszej kolejności, bowiem przy ich pomocy możliwe jest zdefiniowanie zakresu każdego z rodzajów zamówienia wielorodzajowego (dostaw, usług, robót budowlanych) oraz ich szacunkowej wartości. Dopiero po takim zabiegu można stosować art. 6. Reguły kolizyjne zawarte w tym artykule mają zastosowanie wyłącznie do postępowania o zamówienie, w żaden sposób nie determinują natomiast kwalifikacji umowy o zamówienie wielorodzajowe – umowę tę należy kwalifikować jako tzw. umowę mieszaną, nie zaś traktować jako umowę typową (o roboty budowlane, sprzedaży, dostaw itp.).
3. Ustawa wprowadza generalną zasadę, zgodnie z którą w przypadku zamówień obejmujących równocześnie dostawy lub usługi do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku zamówień obejmujących równocześnie roboty budowlane oraz usługi. Od wskazanej wyżej reguły przewidziano dwa wyjątki. W pierwszym wyjątku, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi polegające na rozmieszczeniu lub instalacji dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw, niezależnie od tego jaka jest relacja wartości dostaw i wartości towarzyszących im usług. We wszystkich pozostałych przypadkach (na przykład w sytuacji, w której dostawie towarzyszyć będą innego rodzaju usługi – choćby związane ze szkoleniem personelu zamawiającego w zakresie obsługi dostarczonego sprzętu) stosuje się regułę zawartą w ust. 1 omawianego przepisu. Drugi wyjątek to sytuacja, w której zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz dostawy niezbędne do ich wykonania. Do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące robót budowlanych, niezależnie od tego, czy w danym

przypadku większa jest wartość dostaw czy robót budowlanych. Powstaje w związku z tym pytanie, jakie zasady powinny rządzić przypadkiem, w którym przedmiotem jednego zamówienia powinny być roboty budowlane oraz dostawy, które nie są niezbędne do wykonania zamówienia. Sytuacja taka nie jest objęta ani dyspozycją ust. 1, ani dyspozycją ust. 3 art. 6. Jeżeli przyjąć, że założeniem ustawodawcy było uregulowanie wszystkich możliwych przypadków, należy dojść do wniosku, że takie połączenie dostaw i robót budowlanych jest nieuprawnione. Stanowi ono naruszenie zakazu określonego w art. 29 ust. 2 (opis przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami).

Rozdział 2

Zasady udzielania zamówień

Art. 7 [Podstawowe zasady]

- 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.**
 - 2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.**
 - 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.**
1. Przepis komentowanego artykułu w ustępie pierwszym statuuje fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych. Przy zmienionej redakcji powtórzono w nim treść art. 16 uzp. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców określana jest także jako zasada „sprawiedliwego traktowania oferentów”.
 2. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania wskazanych zasad tak w fazie przygotowywania, jak i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opracowując specyfikację istotnych warunków zamówienia, przygotowując warunki konkursu, powołując komisję przetargową lub sąd konkursowy zamawiający musi więc postępować tak by zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i w przyszłości równo traktować wszystkich wykonawców. Obowiązek przestrzegania omawianych zasad ciąży także na zamawiającym w trakcie przeprowadzania postępowania zamówieniowego (w każdym trybie). Przygotowanie postępowania uregulowano w art. 29–38, prowadzenia postępowania dotyczą art. 39–81 (Tryby udzielania zamówień) oraz dalsze przepisy, w szczególności dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 82–95).

3. Zasada zachowania uczciwej konkurencji znajduje rozwinięcie w dalszych przepisach ustawy. Szczególne znaczenie mają w tym zakresie art. 22 ust. 2, art. 29 ust 2 i 3, art. 89 ust 1, 3 i 4 oraz art. 90. Zamawiający obowiązany jest przestrzegać nie tylko powołane przepisy, ale także przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹ oraz przepisy ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów². Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji. Jest nim działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W przepisie art. 3 ust. 2 wskazanej ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji. Są nimi np. wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomówienie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej. W procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji o szczególnym znaczeniu jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych wykonawców (dumping – art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewidują m. in. zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej (art. 5–8). Skutkiem naruszenia zakazów jest wydanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania³.
4. Zamawiający ma kompetencję do samodzielnego ustalania czy działania wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Przepisy Pzp regulują szczegółowo procedurę weryfikowania dumpingu (por. uwagi do art. 90). Jak można sądzić również w innych przypadkach zamawiający może dokonywać w tym zakresie samodzielných ustaleń. Skutkiem stwierdzenia popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji jest odrzucenie oferty tego wykonawcy (patrz komentarz do art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4).
5. Zasada równego traktowania ubiegających się o zamówienie oznacza, że bez wpływu na dokonany wybór powinien pozostawać status prawny wykonawcy. Równe prawa służą zatem wszystkim przedsiębiorcom: przedsiębiorstwom ku-

¹ Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, tekst jednolity.

² Dz. U. z 2003 r., Nr 170, poz. 1652, tekst jednolity.

³ Szerzej patrz Elżbieta Modzelewska – Wąchal Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – komentarz, Warszawa 2002, s. 63–124.

pieckim, spółkom osobowym i kapitałowym, spółdzielniom, przedsiębiorstwom państwowym itp. Zamawiający nie może dyskryminować podmiotu uczestniczącego w procedurze zamówieniowej (poszczególnych wykonawców) ze względu na jego status prawny czy strukturę¹. W niektórych przypadkach wykonawca musi mieć jednak określone przymioty (kwalifikacje) – por. przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej². Za aktualną należy uznać tezę przyjętą w wyroku SN z 13 grudnia 1999r.³. Sąd Najwyższy stwierdza, iż z reguły równości i uczciwej konkurencji wynika, że o zamówienie publiczne zasadniczo może ubiegać się każdy, nawet osoba nie prowadząca zawodowej działalności gospodarczej, jeśli tylko spełnia ustawowe lub indywidualnie wyznaczone przez zamawiającego warunki. Natomiast dostrzegalne ograniczenia w zakresie statutowej działalności występują już po stronie jednostek zamawiających.

6. Z zasady równego traktowania wykonawców wypływa zakaz dyskryminacji podmiotów ubiegających się o zamówienie ze względu na siedzibę wykonawcy i jego właściwości. Pzp – odmiennie aniżeli wcześniejsza ustawa – nie przewiduje możliwości stosowania tzw. preferencji krajowych. Wykonawcy inni niż krajowi mają zatem takie same prawa, jak wykonawcy mający siedzibę w Polsce. Zasada równości jest także jedną z podstawowych zasad prawa unijnego. Stanowi ona właściwie tyle, że niedopuszczalne jest czynienie różnic między podmiotami prawnymi państw członkowskich, które znajdują się w tożsamych sytuacjach, albo równoprawne ich traktowanie, gdy znajdują się w sytuacjach różnych, chyba że znajduje to obiektywne uzasadnienie. Cudzoziemcy pochodzący z Unii Europejskiej nie mogą być traktowani gorzej niż obywatele danego państwa członkowskiego (art. 12 (b) TWE). Chodzi przy tym zarówno o zakaz tzw. dyskryminacji bezpośredniej, jak i zakaz tzw. dyskryminacji pośredniej. Zasada równego traktowania obowiązuje jedynie w ramach Unii Europejskiej albowiem TWE nie zawiera żadnej ogólnej reguły dotyczącej niedyskryminacyjnego traktowania podmiotów spoza Wspólnoty⁴. Co więcej, w ograniczonym zakresie Pzp wprost nakazuje stosować preferencje wspólnotowe w grupie zamówień sektorowych (por. uwagi do art. 132 ust. 1 pkt 2). Ustawa nie przewiduje także, co do zasady, możliwości stosowania tzw. preferencji lokalnych lub też preferencji regionalnych. Zgodnie jednak z art. 91 ust. 2 kryterium oceny ofert może stanowić „wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia”. Problem tzw. preferencji regionalnych był przedmiotem orzecznictwa ETS. Trybunał w licznych orzeczeniach uznał, że przepisy rezerwujące część zamówień dla określonych przedsiębior-

¹ Por. P. Szustakiewicz, „Zasady Prawa zamówień publicznych”, Radca Prawny zeszyt Nr 3 z 2004 r. s. 106.

² Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807.

³ III CKN 478/98 Samorząd Terytorialny 2001 Nr 6, s 68–71.

⁴ Szerzej patrz A. Sołtysińska, „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej”, Kraków 2004 r., s. 130 i nast.

ców są sprzeczne z prawem unijnym¹. Zakaz dyskryminacji wykonawców ze względu na właściwości wykonawcy został *expressis verbis* wyrażony w art. 91 ust. 3. W myśl tego przepisu kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (patrz uwagi do wskazanego przepisu). Gwarancje poszanowania zasady równości zawierają liczne przepisy ustawy. Poza powołanymi wyżej chodzi w szczególności o art. 38 ust 2, 4 i 6, art. 89 ust 2, art. 181 ust. 3. Orzecznictwo zespołów arbitrów dowodzi, że zarzuty naruszenia zasady równości lub zasady ochrony uczciwej konkurencji są bardzo często przyczyną występowania z protestami i odwołaniami. Zasada równego traktowania znalazła wyraz w dyrektywach. Przepisy art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50/EEC, art. 5 ust 7 dyrektywy 93/36/EEC, art. 6 ust. 6 dyrektywy 93/37/EEC *expressis verbis* nakładają na zamawiających obowiązek prowadzenia postępowań zamówieniowych w taki sposób, by wszyscy ubiegający się o zamówienie nie byli w jakikolwiek sposób dyskryminowani. Tę fundamentalną zasadę powtórzono w nowych dyrektywach (patrz art. 2 Dyrektywy Klasycznej i art. 10 Dyrektywy Sektorowej²).

7. W ust. 2 przewiduje się, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia mogą dokonywać tylko osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. W istocie komentowany przepis uzupełnia treść ust. 1, objaśniając znaczenie zasady równego traktowania wykonawców. Instytucjonalne gwarancje bezstronności i obiektywizmu przygotowania i przeprowadzenia procedur zamówieniowych zawarto w art. 17.
8. Ust. 3 w pewnej mierze powtarza treść art. 12a uzp. Normatywny sens obu wskazanych przepisów może wywoływać pewne wątpliwości. W braku tego przepisu zamawiający obowiązany byłby również do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nakazywanie zamawiającemu w odrębnej normie postępowania zgodnego z prawem może wydawać się zbędne. Zakładając racjonalność prawodawcy trzeba w tej sytuacji uznać, że w komentowanym przepisie zawarto zakaz dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu zamówieniowym. Oznacza to, iż wykonawca nie może – nawet za zgodą zamawiającego – przenieść praw i obowiązków wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego na osobę trzecią. Warto odnotować zmianę ujęcia art. 12a uzp i art. 7 ust. 3 Pzp. W myśl dawnych przepisów zamawiający mógł

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

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

udzielić zamówienia. Aktualnie ma obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z zasady legalizmu działania zamawiającego można wywieść nakaz powierzania wykonania zamówienia tylko takiemu wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu oraz nakaz powierzania wykonania zamówienia wykonawcy, który został wyłoniony zgodnie z przepisami ustawy.

9. Naruszenie art. 7 przez zamawiającego daje wykonawcom środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI Pzp. Ponadto, w przypadku wyboru oferty z rażącem naruszeniem ustawy lub naruszeniem przepisów ustawy, gdy miało to wpływ na wynik postępowania, umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6). W przypadku unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego np. z powodu naruszenia art. 7, wykonawcom, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4). W przypadku naruszenia art. 7 przez zamawiającego wykonawca może także dochodzić – niezależnie od środków ochrony przewidzianych w Pzp – służących mu roszczeń cywilnoprawnych. Wydaje się, że podstawę takich roszczeń stanowią mogą przepisy o odpowiedzialności Skarbu Państwa, gdy zamawiającym jest jednostka organizacyjna Skarbu Państwa nie wyposażona w osobowość prawną (art. 417 i nast. Kc). Gdy zamawiającym jest państwowa osoba prawna, podstawę odpowiedzialności stanowi art. 420 Kc w związku z przepisami poprzedzającymi. Gdy zaś zamawiającym jest jednostka samorządu terytorialnego podstawę odpowiedzialności mogą stanowić art. 4201, 4202 i 421 Kc. Gdy szkoda wynika z czynu innego podmiotu zobowiązanego do stosowania Pzp podstawę odpowiedzialności mogą stanowić dalsze przepisy regulujące odpowiedzialność deliktową, bowiem przepis art. 93 ust. 4 nie wyłącza zastosowania właściwych przepisów Kc o odpowiedzialności odszkodowawczej.

Art. 8 [Zasada jawności]

- 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.**
- 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.**

1. W art. 8 wprowadzono zasadę jawności prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. W ustawie o zamówieniach publicznych w brzmieniu z 10 czerwca 1994 r. zasady jawności procedowania nie wypowiedziano wprost, choć odnoszące się do niej regulacje znalazły się w wielu przepisach. Dopełnienie tej zasady wprowadziła nowela z dnia 22 listopada 2002 r.¹ przewidująca, że umowy

¹ Dz. U. z 2003 r., Nr 2, poz. 16.

w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej (art. 74a). Podobny przepis zawarto w Pzp. W myśl art. 139 ust. 3 umowy w sprawie zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznych. Warto podkreślić jest to, iż w art. 8 nie zawarto odesłania do ustawy o dostępie do informacji publicznej¹. Odesłanie takie występuje wyłącznie w art. 139 ust. 3. Zasada jawności obejmuje nie tylko samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, lecz również efekt tego postępowania w postaci umowy cywilno-prawnej zawartej przez zamawiającego z wykonawcą, aczkolwiek zakres jawności (zarazem konfidențialności) jest w obu przypadkach różny².

2. Zasada jawności może być rozpatrywana w różnych aspektach. W pierwszym chodzi o ujawnianie informacji o planowanych i podejmowanych procedurach zamówieniowych. W tym ujęciu zasadę jawności realizuje się przez obowiązek ogłoszeń, obejmujący obowiązek ogłoszeń informacyjnych o planowanych zamówieniach, obowiązek ogłoszeń o konkretnych procedurach zamówieniowych oraz obowiązek ogłoszeń o udzieleniu zamówienia. Ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych publikuje się w BZP oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; (patrz komentarz do art. 11–14 i 95). Jawności postępowania w tym ujęciu służy także obowiązek sprawozdawczy nałożony na zamawiającego w art. 98. W drugim aspekcie jawność dotyczy dokumentacji konkretnej procedury zamówieniowej. W myśl art. 96 ust. 3 pisemny protokół postępowania o zamówienie publiczne jest jawny. Jawne są również załączniki do protokołu, wskazane w art. 96 ust. 2. Oferty stanowiące załączniki do protokołu są jawne od chwili ich otwarcia. Pozostałe załączniki do protokołu ujawnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania (patrz komentarz do art. 96 ust. 2 i 3). Skutkiem obowiązywania zasady jawności jest to, że oferty mogą być udostępnione wszystkim zainteresowanym od chwili ich otwarcia. Zasady udostępniania reguluje rozporządzenie w sprawie protokołu, zgodnie z którym zamawiający umożliwia robienie odpisów, kopii i udostępnia do wglądu w swojej siedzibie protokół wraz z załącznikami. Kopie są wykonywane na koszt wykonawcy. Zamawiający nie ma jednak obowiązku przesyłania protokołu na żądanie wykonawcy. Przepisy szczególne dotyczące jawności ofert i protokołu są dostosowane do treści ustawy o dostępie do informacji publicznej³. W trzeciej płaszczyźnie jawność dotyczy treści umów o zamówienie publiczne (art. 139 ust. 3). W ostatnim aspekcie jawność wiąże się z toczącymi się procedurami odwoławczymi i sądowymi. Zespół arbitrów rozpoznaje odwołanie wykonawcy na jawnej rozprawie (art. 187 ust. 2). Postępowanie sądowe ze skargi wnoszonej na podstawie art. 194 jest również co do zasady jawne.

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198.

² Szerzej o jawności umów W. Łysakowski, „Jawność umów w sprawach zamówień publicznych”, *Zamówienia Publiczne Doradca*. Nr 3 z 2003 r., s. 16–17 oraz komentarz do art. 139 ust. 3.

³ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

3. Zasada jawności doznaje pewnych ograniczeń. Zakres konfidencjonalności (poufności) wyznacza w szczególności przepis art. 96 ust. 4. Sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami regulują przepisy wykonawcze i związkowe do Pzp¹. Zakres jawności postępowania został ponadto ograniczony w postępowaniach zamówieniowych prowadzonych na zasadach szczególnych poprzez zawężenie zakresu obowiązku publikacji ogłoszeń (patrz komentarz do art. 137 ust. 1 pkt. 2 i art. 187 ust. 4 pkt. 6). Postępowanie odwoławcze może być prowadzone z całkowitym albo częściowym wyłączeniem jawności na wniosek strony lub z urzędu, jeżeli przy rozpatrywaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną (patrz komentarz do art. 187 ust. 3). Zasady jawności nie stosuje się w końcu w tych trybach procedury zamówieniowej, w których występują negocjacje. W myśl art. 57 ust. 6 oraz art. 65 poufne są negocjacje prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Art. 9 [Zasada pisemności, język dokumentów]

- 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.**
 - 2. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.**
 - 3. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.**
1. W ust. 1 komentowanego artykułu wypowiedziano zasadę pisemności procedury udzielania zamówienia. Zasada ta dotyczy wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu. Formy pisemnej musi dochować przede wszystkim zamawiający. Czynności dokonywane przez wykonawców również wymagają formy pisemnej (art. 27 ust. 1). Od obowiązku dochowania formy pisemnej może uwalniać tylko szczególny przepis ustawy. Formę pisemną należy uznać za zachowaną, gdy na dokumencie obejmującym treść oświadczenia lub zawiadomienia składający oświadczenie lub dokonujący zawiadomienia złoży własnoręczny podpis. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 §1 Kc). Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej (art. 78 §2 Kc).

¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Dz. U. 2004 r., Nr 71, poz. 646 oraz wspomniana wcześniej ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznych.

2. Zasadę pisemności potwierdza art. 27 ust. 1. Warto podkreślić, że przepis ust. 2 tego artykułu wymaga, aby oświadczenia, wnioski, zawiadomienia lub informacje przekazane za pomocą telexu, telefaksu lub drogą elektroniczną były niezwłocznie potwierdzane na piśmie. Oświadczenia, zawiadomienia lub informacje opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy kwalifikowanego, ważnego certyfikatu, „zwykłego” pisemnego potwierdzenia nie wymagają. Pisemności oferty wymaga art. 82. Przepis ten przewiduje, że w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu oferta może być złożona wyłącznie za zgodą zamawiającego. Rozwiązanie to w świetle art. 78 §2 Kc uznać należy za istotne i niekorzystne odstępstwo od przepisów Kodeksu cywilnego. Można je usprawiedliwić jedynie tym, że zamawiający zobowiązany do zapewnienia poufności oferty aż do czasu jej publicznego otwarcia może nie być technicznie przygotowany do zabezpieczenia w odpowiedni sposób oferty złożonej w postaci elektronicznej.
3. Wymóg pisemnego utrwalania przebiegu postępowania przewidziano w art. 96 ust. 1. W myśl tego przepisu zamawiający ma obowiązek sporządzenia pisemnego protokołu postępowania o udzieleniu zamówienia.
4. Ustawa w nielicznych przypadkach uwalnia strony postępowania od obowiązku dochowania pisemnej formy ich oświadczeń, zawiadomień i innych czynności. Przykładem takiego przepisu jest art. 28. W postępowaniach o udzielenie zamówienia, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości 60 000 euro oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, zamawiający i wykonawcy przekazują zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Na żądanie drugiej strony każda ze stron ma obowiązek potwierdzenia faktu otrzymania oświadczenia, zawiadomienia etc. We wskazanym przypadku wybór elektronicznego sposobu przekazywania dokumentów oraz informacji nie może ograniczać konkurencji. Od obowiązku zachowania pisemnej formy uwolniono również zamawiającego i wykonawców w szczególnym trybie udzielania zamówienia, a mianowicie aukcji elektronicznej (art. 77). Oferta wymaga jednak formy równoważnej. Składa się ją pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym (weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 78 ust. 1).
5. Ustawa nie wskazuje w przepisach Rozdziału 2 Działu I skutków niedochowania pisemnej formy dokumentacji, oświadczeń, zawiadomień, informacji. Nie może budzić wątpliwości, że niezachowanie formy pisemnej przewidzianej dla oświadczeń woli pod rygorem nieważności powoduje nieważność czynności prawnej. Tak dzieje się w przypadku uregulowanym w art. 78 ust. 1 i art. 82 oraz w sytuacji wskazanej w art. 139 ust. 2. Do oświadczeń woli stosuje się przepisy kodeksu cywilnego dotyczące skutków czynności prawnej, formy oświadczeń woli oraz wad oświadczeń woli. Skutkiem niedochowania pisemnej formy za-

wiadomości, informacji, oświadczeń nie mających cech oświadczeń woli może stać się unieważnienie postępowania z powodu stwierdzenia wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (patrz komentarz do art. 93 ust. 1 pkt 7 i do art. 89 ust. 1 pkt 1). Ujawnienie wady w postaci braku pisemności po zawarciu umowy może prowadzić do stwierdzenia nieważności tej umowy (gdy w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik tego postępowania – art. 146 ust. 1 pkt 6).

6. Ustawa wymaga prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim. Obowiązek dochowania zasady prowadzenia postępowania w języku polskim dotyczy, wbrew dosłownemu brzmieniu art. 9 ust. 2, tak fazy przygotowania postępowania, jak i prowadzenia postępowania w konkretnym trybie. Umowa w sprawie zamówienia publicznego również powinna być sporządzona i zawarta w języku polskim. Wymóg zawarcia umowy w języku polskim wynika nie tylko z treści tego artykułu, ale i ustawy o języku polskim (art. 5 w związku z art. 4 i art. 7 ust. 2 i 3)¹. Zamawiający w uzasadnionych przypadkach może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w innym języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym. Za język taki należy uznać w szczególności język angielski. W przepisie ust. 3 użyto jednak liczby mnogiej, co może wywoływać kontrowersje, czy dany język można kwalifikować jako powszechnie używany w handlu międzynarodowym, czy też nie. Za języki takie uznajemy język francuski i język hiszpański. Decydujące znaczenie mają w tym zakresie dokumenty Światowej Organizacji Handlu (WTO). Organizacja ta za swoje języki oficjalne uznaje język angielski, język francuski i język hiszpański. Przymiotu języka powszechnie używanego w handlu międzynarodowym nie mają – w tym kontekście – język niemiecki i język rosyjski. Warto zwrócić uwagę na nieprecyzyjną redakcję art. 9 ust. 3. Posłużenie się w tym przepisie słowem „również” mogłoby oznaczać, że umożliwienie składania wymienionych w przepisie dokumentów w języku obcym nie uwalnia wykonawców od obowiązku ich przedkładania w języku polskim. Należy jednak uznać, że udzielenie zgody na dokonanie określonych czynności w języku obcym byłoby bezcelowe gdyby nie uwalniało wykonawcy od dokonywania tych czynności w języku polskim.
7. W wyjątkowych przypadkach wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą składać wnioski, oferty, oświadczenia i inne dokumenty w języku obcym, który nie jest językiem powszechnie używanym w handlu międzynarodowym. Dotyczy to postępowań prowadzonych poza granicami Polski, w których dopuszczalne jest stosowanie przez wykonawców języka kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Wymaga to zgody zamawiającego.

¹ Dz. U. z 1999 r. Nr 99, poz. 999 z późn. zm.

Art. 10 [Tryby]

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

1. W ust. 1 przewidziano zasadę prymatu przetargowych trybów postępowania. Zamawiający wedle własnego wyboru może zastosować w postępowaniu zamówieniowym tryb przetargu nieograniczonego (art. 39–46) albo tryb przetargu ograniczonego (art. 47–53). Zasada prymatu przetargowych trybów postępowania ze szczególnym nasileniem występuje w przypadku zamówień publicznych w których wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro. Zastosowanie niektórych trybów nieprzetargowych wymaga bowiem w takich sytuacjach zgody Prezesa UZP. Przy zamówieniu, w którym jego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro zasady prymatu trybów przetargowych nie stosuje się. Równoprawnym trybem jest w tym przypadku tryb negocjacji z ogłoszeniem (art. 55 ust. 1 pkt 5). Podobnie rzecz ma się w przypadku zamówień sektorowych, w których negocjacje z ogłoszeniem są równoprawnym z przetargowym trybem postępowania (por. art. 127 ust. 1). Zamawiający obowiązany jest do wskazania trybu postępowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 2). W pisemnym protokole o udzielenie zamówienia zamawiający również obowiązany jest do zamieszczenia informacji o trybie udzielania zamówienia (art. 96 ust. 1 pkt 2). Przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony są równoprawnymi trybami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 10 ust. 1 w istotnej mierze odbiega od treści art. 14 ust. 1 uzp. Ten ostatni przepis przewidywał, że podstawowym trybem udzielania zamówienia publicznego jest przetarg nieograniczony.
2. Przepisy ustawy ustalają *numerus clausus* trybów udzielania zamówień publicznych. Poza wskazanymi w art. 10 ust. 1 przetargami nieograniczonym i ograniczonym zamówienia publicznego można udzielić w trybie negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo aukcji elektronicznej. Warto zwrócić uwagę, że przepisy Pzp przewidują odmienny katalog nieprzetargowych trybów udzielania zamówień od katalogu zawartego w ustawie o zamówieniach publicznych. W przepisach Pzp poniechano przetargu dwustopniowego oraz negocjacji z zachowaniem konkurencji. W ich miejsce wprowadzono negocjacje z ogłoszeniem oraz negocjacje bez ogłoszenia. Katalog trybów poszerzono ponadto o aukcję elektroniczną.
3. Nieprzetargowe tryby udzielania zamówień mogą być zastosowane tylko w przypadkach określonych w ustawie. W razie zastosowania niedozwolonego trybu udzielania zamówień Prezes Urzędu może podjąć działania wskazane w art. 171.

W szczególności może on zawiadomić właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, nałożyć karę pieniężną w oparciu o art. 199–203, wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części (art. 146). Jeśli zastosowanie trybu udzielania zamówień nastąpiło z naruszeniem prawa może być także kwestionowane przez wykonawców. Przepisy Pzp, odmiennie niż uzp, nie wyłączają możliwości wniesienia protestu i odwołania w przypadku zastosowania przez zamawiającego niewłaściwego trybu postępowania (por. komentarz do art. 179–180 i nast.). W orzecznictwie sądowym w pełni potwierdzono regułę prymatu procedur przetargowych. Wprawdzie orzeczenia te dotyczyły przetargu nieograniczonego i przesłanek stosowania innych trybów ale należy przyjąć, że teza ta z modyfikacją wynikającą z przyjęcia w Pzp reguły równoprawności przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego zachowała pełną aktualność¹. Refleksem zasady prymatu procedur przetargowych jest treść art. 55 ust. 1 pkt 1, art. 62 ust. 1 pkt 1 oraz art. 67 ust. 1 pkt 4.

4. Zasadę prymatu procedur przetargowych ogranicza treść art. 5, art. 127 ust. 1 oraz art. 137 ust. 3. Przepis art. 5 uprawnia zamawiającego do prowadzenia postępowania zamówieniowego w każdym trybie w odniesieniu do niektórych typów usług. W postępowaniach sektorowych tryb negocjacji z ogłoszeniem jest równoprawny z trybami przetargowymi. W postępowaniach na zasadach szczególnych zamawiający może udzielić zamówienia niezależnie od wystąpienia ustawowych przesłanek wyboru trybu udzielenia zamówienia.
5. W kilku przypadkach zastosowanie nieprzetargowego trybu udzielania zamówienia wymaga nie tylko wystąpienia konkretnych okoliczności, ale także uprzedniej zgody Prezesa Urzędu wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej. Patrz komentarz do art. 55 ust. 2 (negocjacje z ogłoszeniem), art. 62 ust. 2 (negocjacje bez ogłoszenia), art. 67 ust. 2 (zamówienie z wolnej ręki). Tryby zapytania o cenę oraz aukcji elektronicznej mogą być stosowane wyłącznie w okolicznościach wskazanych we właściwych przepisach. Nie przewiduje się takich przypadków, w których wskazane tryby mogłyby być stosowane w oparciu o uprzednią zgodę Prezesa Urzędu.
6. Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem procedury przetargowej jest nieważna². Sankcję nieważności umowy przewidziano wprost w art. 146 ust. 1 pkt 5. Zastosowanie niewłaściwego trybu postępowania powinno prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy wada ta została stwierdzona jeszcze przed zawarciem umowy (patrz komentarz do art. 93 ust. 1 pkt 7).

¹ Wyrok NSA z 3.11.1999 r. sygn. akt. I SA 2128/98 – nie publik.; wyrok NSA z 22.03.2000 r. sygn. akt II SA 2169/99 – nie publik.

² Por. wyrok SN z 13.09.2001 IV CKN 381/00, OSNC 2002/6/75 – glosa krytyczna A. Szyszkowski, Mon. Prawn. 2002/21/1004). Patrz także komentarz do art. 146.

7. Udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia, a więc z naruszeniem art. 10 ust. 1, art. 55, art. 62, art. 67, art. 70, art. 74 ust. 2, art. 127 i art. 138 powoduje powstanie odpowiedzialności prawnej na podstawie art. 200 (patrz komentarz do tych przepisów)¹.

Rozdział 3 Ogłoszenia

Art. 11. [Publikacja ogłoszeń]

1. **Ogłoszenia, o których mowa w ustawie, przekazywane Prezesowi Urzędu oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich publikuje się odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.**
 2. **Ogłoszenia przekazywane Prezesowi Urzędu publikuje się w Biuletynie Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia do Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Urzędem”.**
 3. **Prezes Urzędu wzywa do sprostowania ogłoszenia opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli ogłoszenie nie spełnia wymagań określonych w przepisach ustawy dotyczących ogłoszeń oraz w przepisach rozporządzenia wydanego na podstawie ust. 6. Sprostowania przekazane Prezesowi Urzędu publikuje się w formie obwieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia do Urzędu.**
 4. **Prezes Urzędu z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego prostuje niezwłocznie, w formie obwieszczenia publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, błędy w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych polegające na niezgodności tego ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazanego przez zamawiającego do publikacji.**
 5. **Prezes Urzędu, na wniosek zamawiającego, może w uzasadnionych przypadkach opublikować w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia nie jest obowiązkowa.**
 6. **Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, mając na względzie rodzaj ogłoszenia oraz wartość zamówienia albo konkursu.**
-
1. **Publikowanie ogłoszeń o zamówieniach publicznych służy zachowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oferentów oraz jawności postępowania). To właśnie dzie-**

¹ W literaturze wskazuje się również jako jedną z fundamentalnych zasadę decentralizacji (art. 18 ust. 1) – por. P. Szustakiewicz op. cit. s. 111; zasady tej nie zapisano jednak w przepisach Rozdziału 2 Działu I.

ki publikowanym ogłoszeniom wszystkie podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia mogą w tym samym czasie i na jednakowych warunkach uzyskać dostęp do kluczowych informacji dotyczących nie tylko konkretnych procedur (ogłoszenia o postępowaniu), ale także i planów zamawiających dotyczących zamówień o większej wartości (okresowe i wstępne ogłoszenia informacyjne). Pozwala to wszystkim potencjalnym wykonawcom rozpocząć z odpowiednim wyprzedzeniem przygotowania do uczestnictwa w interesujących ich postępowaniach. Publikacja ogłoszeń służy także zamawiającym. Mogą oni bowiem dotrzeć z informacją o swoich potrzebach do szerokiego kręgu odbiorców. Wraz z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, któremu towarzyszyć zapewne będzie postępująca „europeizacja” rynku zamówień publicznych, ogłoszenia o zamówieniach publicznych publikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich służyć będą realizacji podstawowych zasad prawa wspólnotowego (swobody przepływu towarów, usług, osób i kapitału)¹. O ile bowiem do tej pory wykonawcy nie prowadzący działalności na terenie naszego kraju mieli ograniczone możliwości uzyskiwania wiadomości o prowadzonych postępowaniach, o tyle po 1 maja 2004 r. informacje o wszystkich „większych” zamówieniach docierać będą do nich w tym samym czasie, co do krajowych przedsiębiorców.

2. Przepisy ustawy wyróżniają trzy podstawowe grupy ogłoszeń o zamówieniach publicznych:
 - ogłoszenia informacyjne o planowanych zamówieniach, w postaci wstępnego ogłoszenia o zamówieniach publicznych (art. 13) oraz okresowego ogłoszenia informacyjnego o ogłoszeniach sektorowych (art. 128). Podstawowym celem publikacji tych ogłoszeń jest przekazanie informacji o planach zamawiających w pewnej dłuższej perspektywie czasowej; dzięki takim informacjom potencjalni wykonawcy mogą zaplanować swój udział w poszczególnych postępowaniach, dokonać ich wstępnej selekcji itp.;
 - ogłoszenia o zamówieniach publicznych, udzielanych w trybie przetargu nieograniczonego (art. 40), przetargu ograniczonego (art. 48) oraz negocjacji z ogłoszeniem (art. 56). Podstawowym celem publikacji tych ogłoszeń jest przekazanie informacji o wszczęciu konkretnej procedury udzielenia zamówienia publicznego;
 - ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (art. 95). W ogłoszeniach tego typu przekazywane są podstawowe dane dotyczące warunków, na jakich zostało udzielone zamówienie publiczne; w tym kontekście ogłoszenia te mogą być istotnym źródłem informacji na temat rynku określonych zamówień.

¹ W akapicie 10 preambuły do Dyrektywy 93/37/EWG podkreśla się, że publikacja ogłoszeń w skali całej Unii Europejskiej (tzn. przez zamawiających ze wszystkich krajów członkowskich i dostępnych dla wszystkich potencjalnych wykonawców) jest warunkiem rzeczywistej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych, przez zapewnienie, że potencjalni oferenci z innych krajów członkowskich mają możliwość udziału w postępowaniu na takich samych warunkach jako oferenci krajowi. Por. także „Dyrektywy...”, s. 53 i nast. oraz A. Sołtyśńska „Zamówienia publiczne...”, s.165 i nast.

3. Zgodnie z powszechnie przyjętą zasadą wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego. We wszystkich trybach przetargowych dniem wszczęcia postępowania będzie więc co do zasady data zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Ma to dla zamawiającego i potencjalnych oferentów wiele konsekwencji – od tej daty unieważnienie postępowania może nastąpić tylko w przypadku zajścia okoliczności określonych w Pzp, opublikowanie ogłoszenia daje możliwość wnoszenia środków odwoławczych itp.
4. Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich odpowiada za przygotowywanie, wydawanie i dystrybucję unijnych publikacji oraz za ich katalogowanie i archiwizację. Podstawowym zadaniem UOPWE jest publikacja Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (Official Journal of the European Union) i Raportu na temat Działalności UE (General Report on the Activities of the European Union). Seria C Dziennika Urzędowego UE posiada podserię oznaczoną symbolem OJ C E w której dokumenty publikowane są wyłącznie elektronicznie. Suplement oznaczony symbolem OJ S zawiera ogłoszenia o zamówieniach publicznych (publikowane również wyłącznie elektronicznie). Dziennie publikuje się około 900 ogłoszeń tego typu¹. Informacja o opublikowanych w Dzienniku Urzędowym ogłoszeniach zawarta jest w elektronicznej bazie „Tenders Electronic Dalily” (<http://ted.publications.eu.int/official/>). Ogłoszenie publikowane jest w języku państwa, z którego pochodzi, a streszczenie ważniejszych ogłoszeń publikowane jest w językach urzędowych Unii Europejskiej. W razie rozbieżności pomiędzy poszczególnymi wersjami językowymi, wiążąca jest zawsze treść oryginalnego ogłoszenia. Koszty publikacji ogłoszenia pokrywane są przez Wspólnoty (a więc w praktyce z budżetu UOPWE, co oznacza, że dla zamawiających publikacja ogłoszeń jest bezpłatna. OUPWE publikuje ogłoszenia w terminie 12 dni od daty ich wysłania (z wyjątkiem procedur przyspieszonych, w przypadku których ogłoszenie publikowane jest w terminie 5 dni od daty przesłania)².
5. Ogłoszenia przekazywane Prezesowi Urzędu publikowane są w Biuletynie Zamówień Publicznych. Obowiązek wydawania Biuletynu nakłada na Prezesa Urzędu art. 154 pkt 3. Ogłoszenia w BZP publikowane są wyłącznie w języku polskim. Biuletyn, poza formą papierową, publikowany jest także w wersji elektronicznej.
6. Ogłoszenia publikowane są w terminie 10 dni od daty doręczenia do Urzędu. Termin ten należy uznać za termin instrukcyjny. Jego przekroczenie nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji dla Prezesa Urzędu. Na gruncie przepisów uzp istotne dla postępowania terminy liczone były od daty publikacji ogłoszenia.

¹ Informacja na podstawie danych UZP.

² Por. także K. Plackowski „Przesyłanie ogłoszeń do publikacji do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich”, Informator UZP Nr 4 z 2004 r.

szenia. Ewentualne przekroczenie terminu publikacji powodowało w związku z tym konieczność każdorazowego korygowania tych terminów. Na gruncie przepisów Pzp terminy te liczone są od daty przekazania ogłoszenia do publikacji, co jest z pewnością korzystniejsze dla zamawiających, choć może w praktyce skracać (i to znacznie, bo nawet o 10 lub więcej dni) termin, jaki wykonawcy będą mieli na przygotowanie i złożenie ofert (por. także art. 43 i komentarz do tego przepisu).

7. Pzp nie przewiduje możliwości odmowy publikacji ogłoszenia, które nie spełnia wymogów formalnych określonych w jego przepisach i wydanego na jego podstawie rozporządzenia (możliwość taką dawał Prezesowi Urzędu art. 14a ust. 3 uzp). Przyjęto inne rozwiązanie, polegające na dokonywaniu na wezwanie Prezesa Urzędu sprostowań opublikowanych już ogłoszeń. Sprostowanie publikowane jest w terminie 10 dni od daty doręczenia do Urzędu. Publikacja sprostowania ma formę obwieszczenia. Przyjęte w ślad za postanowieniami dyrektyw rozwiązanie jest mniej korzystne dla potencjalnych oferentów. O ile na gruncie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych wadliwe ogłoszenie nie było publikowane, a w konsekwencji nie rozpoczynał się bieg terminu na złożenie ofert, o tyle na gruncie przepisów Pzp ogłoszenie jest publikowane, a jego sprostowanie może nastąpić po kilku, a nawet kilkunastu dniach. Ustawa nie określa terminu na zastosowanie się do wezwania, jednocześnie termin publikacji obwieszczenia wynosi 10 dni. Jeżeli dodatkowo uwzględnić, że termin na złożenie ofert rozpoczyna swój bieg wraz z przekazaniem ogłoszenia do publikacji, a nie wraz z jego faktyczną publikacją, to może w praktyce okazać się, że termin na przygotowanie i złożenie ofert jest znacząco krótszy niż zakładany. Dlatego też należałoby uznać, że o ile nastąpi sprostowanie już opublikowanego ogłoszenia w zakresie, który ma wpływ na treść i zawartość przygotowywanych ofert, zamawiający, pomimo braku wyraźnej podstawy prawnej, powinien przedłużyć termin składania ofert. Powstaje także pytanie, jaka jest sankcja za niezastosowanie się do wezwania Prezesa Urzędu do złożenia sprostowania opublikowanego ogłoszenia. Choć Pzp nie stanowi o tym wprost, istnieją przesłanki do uznania, że opublikowanie wadliwego ogłoszenia i niedokonanie jego sprostowania pomimo wezwania nie stanowi wypełnienia obowiązku publikacji ogłoszenia. W takiej sytuacji całe postępowanie dotknięte jest poważną wadą, która może skutkować nieważnością umowy (art. 146 ust. 1 pkt 1). Zamawiający narażony jest także na karę pieniężną, jaką Prezes Urzędu mógłby nałożyć na podstawie art. 200 pkt 1¹.

¹ Na temat zasad dokonywania ogłoszeń por. także D. Piasta „Publikacja ogłoszeń o zamówieniach publicznych”, *Zamówienia Publiczne Doradca*, Nr 10 z 2003 r., s. 17 i nast. oraz B. Wysocka „Nowe wzory ogłoszeń”, *Zamówienia Publiczne Doradca*, Nr 4 z 2004 r., s. 32 i nast.

Art. 12. [Przekazywanie właściwemu organowi]

- 1. Prezesowi Urzędu ogłoszenia przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu.**
- 2. Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia przekazuje się pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.**
- 3. Zamawiający jest obowiązany udokumentować dzień przekazania ogłoszenia Prezesowi Urzędu oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w szczególności przechowywać dowód jego nadania.**

1. W art. 12 wskazane zostały dopuszczalne sposoby przekazywania ogłoszeń Prezesowi Urzędu oraz UOPWE. W obydwu przypadkach przekazanie ogłoszenia może nastąpić pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.
2. Zamawiający jest zobowiązany udokumentować dzień przekazania ogłoszenia Prezesowi Urzędu oraz UOPWE. Uzasadnieniem dla wprowadzenia tego wymogu jest po pierwsze to, że termin publikacji ogłoszenia w UOPWE biegnie od daty jego przekazania (inaczej jest w przypadku ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu – w ich przypadku termin liczony jest od daty doręczenia). Znacznie istotniejsza jest jednak jak się wydaje druga przyczyna wprowadzenia tego wymogu. Dopiero po przekazaniu ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE i BZP może nastąpić jego publikacja na stronach internetowych zamawiającego i w jego siedzibie. Tym samym wymóg dokumentowania daty przekazania ogłoszenia do publikacji pełni istotną rolę w zapewnieniu równej konkurencji pomiędzy wykonawcami mającymi siedzibę w różnych państwach członkowskich.
3. Pewne wątpliwości może budzić wymóg przechowywania „dowodu nadania” ogłoszenia. Wymóg ten stosunkowo łatwo będzie wypełnić tym wykonawcom, którzy przekazywać będą ogłoszenia w tradycyjny sposób, tj. pisemnie, za pomocą przesyłki listowej. W takich wypadkach wystarczające będzie nadanie listu poleconego i przechowywanie dowodu jego nadania. Nie jest natomiast jasne jak miałby wyglądać dowód nadania w przypadku przekazania ogłoszenia w inny sposób (np. przy wypełnieniu formularza znajdującego się na stronach Urzędu). Należy uznać, że w takich przypadkach omawiany wymóg nie znajduje zastosowania, zamawiający powinien jednak zapewnić w inny sposób możliwość weryfikacji daty nadania ogłoszenia (np. dokonując stosownych wydruków z komputera, z którego została nadana poczta elektroniczna).

Art. 13. [Wstępne ogłoszenie informacyjne]

- 1. Zamawiający niezwłocznie po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub**

umową, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w ciągu następnych 12 miesięcy zamówieniach, których wartość dla:

- 1) robót budowlanych – przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro;
 - 2) dostaw – zsumowana w ramach danej grupy określonej w rozporządzeniu nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1 i n.), zwanym dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro;
 - 3) usług – zsumowana w ramach danej kategorii Centralnej Klasyfikacji Produktów (CPC) określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.
2. **Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1, niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich przekazuje się Prezesowi Urzędu.**
1. Wszyscy zamawiający, niezwłocznie po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, są zobowiązani sporządzić i przekazać UOPWE wstępne ogłoszenie informacyjne o zamówieniach planowanych w ciągu następnych 12 miesięcy. Niezwłocznie po przekazaniu UOPWE, wstępne ogłoszenie informacyjne przekazuje się także Prezesowi Urzędu.
 2. Wzór wstępnego ogłoszenia został zawarty w rozporządzeniu w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich¹. Zgodnie z tym rozporządzeniem w ogłoszeniu informacyjnym zawarte są m.in. następujące informacje:
 - szczegółowe dane dotyczące zamawiającego (w tym dane osoby do kontaktu w sprawie zamówienia);
 - miejsca wykonania zamówienia;
 - przedmiot zamówienia (głównego oraz zamówień dodatkowych) – opisany za pomocą kodów Wspólnego Słownika Zamówień;
 - planowane daty rozpoczęcia i zakończenia wykonywania zamówienia;
 - główne warunki finansowe (o ile są znane);
 - procedury udzielenia zamówienia.
 3. Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 2151/2003 z 16 grudnia 2003 r. zmieniające Rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego oraz Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) wprowadziło obowiązek sto-

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 48, poz. 460.

sowania kodów zawartych w Słowniku do opisu przedmiotu zamówienia we wszystkich państwach członkowskich. Na gruncie przepisów prawa krajowego, obowiązek stosowania CPV istnieje od momentu akcesji Polski do UE, tzn. od 1 maja 2004 r. (por. art. 227 pkt 2 w związku z art. 30 ust. 4). CPV jest systemem klasyfikacji produktów, usług i robót budowlanych stworzonym na potrzeby zamówień publicznych. Dzięki wykorzystaniu wspólnych we wszystkich państwach członkowskich kodów CPV, wykonawcy z różnych państw mają możliwość zlokalizowania interesujących ich zamówień bez konieczności każdorazowego tłumaczenia fragmentów ogłoszenia odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Formularze ogłoszeń o zamówieniach publicznych zawierają punkt „kategoria usług”. Na wpisanie tej kategorii przeznaczona jest dwucyfrowa pozycja. W tym przypadku chodzi o kategorię usług wskazaną w Centralnej Klasyfikacji Produktów¹, stanowiącej załącznik nr 3 do CPV, zawartą również w załączniku IA lub IB do Dyrektywy 92/50/EWG dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi. Dyrektywa wyróżnia 27 kategorii usług oznaczonych numerami od 1 do 27. Należy także pamiętać, że zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt 3 sumowanie wartości usług powinno następować w ramach określonej kategorii CPC. W załączniku tym zawarta jest tabela zbieżności pomiędzy kodami CPC, CPV oraz załącznikami IA i IB Dyrektywy 92/50/EWG.

4. Publikacja wstępnego ogłoszenia informacyjnego musi być traktowana wyłącznie jako wyraz intencji zamawiającego. Tym samym jego publikacja nie rodzi jeszcze po stronie potencjalnych wykonawców żadnych uprawnień. W szczególności publikacja takiego ogłoszenia nie daje wykonawcom możliwości występowania z roszczeniem o wszczęcie konkretnej procedury o udzielenie zamówienia². Publikacja wstępnego ogłoszenia nie jest także warunkiem publikacji ogłoszenia o wszczęciu procedury udzielenia konkretnego zamówienia.
5. Na gruncie przepisów Dyrektyw istniał spór o to, czy opublikowanie wstępnego ogłoszenia informacyjnego jest obowiązkowe czy fakultatywne. Kwestia ta była przedmiotem orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 września 2000 r. (sprawa C-225/98). Trybunał (wbrew stanowisku Komisji i Rzecznika Generalnego) opowiedział się za wykładnią celowościową przepisów Dyrektyw. W opinii Trybunału publikacja wstępnego ogłoszenia o planowanych zamówieniach jest obowiązkowa tylko wówczas, gdy zamawiający zamierza skorzystać z możliwości skrócenia terminów składania ofert, jaką daje publikacja tego ogłoszenia. W pozostałych przypadkach publikacja ogłoszenia nie jest obowiązkowa. Przepis art. 13 ust. 3 sformułowany jest w sposób kategoriyczny (“przekazuje”, a nie „może przekazać”), co może świadczyć o tym, że intencją polskiego ustawodawcy było wprowadzenie obowiązku publikacji wstępnych ogłoszeń. Jest to jednocześnie obowiązek, którego naruszenie nie jest zagrożone żadną sankcją.

¹ CPC to centralna klasyfikacja produktów (CPC Prov.) Narodów Zjednoczonych.

² Tak m.in. „Dyrektywy...”, s. 54.

6. W orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-45/87 (Dundalk) Trybunał stwierdził, że publikacja wstępnego ogłoszenia przez podmiot, który nie jest zamawiającym w rozumieniu Dyrektyw, nie powoduje dla tego podmiotu obowiązku stosowania procedur przewidzianych w Dyrektywach.
7. Opublikowanie wstępnego ogłoszenia informacyjnego umożliwia zamawiającemu skrócenie terminu składania ofert (por. np. art. 43 ust. 4). Należy także pamiętać, że tzw. zamawiający sektorowi zobowiązani są do publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach (por. art. 128 i komentarz do tego przepisu).

Dział II

Postępowanie o udzielenie zamówienia

Rozdział 1

Zamawiający i wykonawcy

Art. 14. [Odesłanie do Kc]

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

1. Kodeks cywilny zawiera przepisy ogólne, w stosunku do których Prawo zamówień publicznych stanowi *lex specialis*. W szczególności do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego zawarte w Tytule IV Księgi Pierwszej „Czynności prawne”. Istotne jest to, że „czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów” (art. 56 Kc).
2. Należy zaznaczyć, że w komentowanym przepisie mowa jest o wszelkich czynnościach podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców. Mogą one być uznane za tzw. działania prawne, dla których wspólnym mianownikiem jest wiązanie z zachowaniem danego podmiotu określonych konsekwencji prawnych. Działania takie stanowią szerszą kategorię pojęciową od czynności prawnych. Przykładowo, nie jest oświadczeniem woli akt wiedzy jakim jest zawiadomienie wykonawców o tym, że jeden z nich złożył protest. W odniesieniu do działań prawnych można rozważać zastosowanie *per analogiam* przepisów o oświadczeniach woli².
3. W szczególności przepisy ustawy mają charakter *lex specialis* w odniesieniu do Kodeksu cywilnego, który w dziale zatytułowanym „Zawarcie umowy”, zawie-

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

² Na ten temat zobacz szerzej Kodeks cywilny, tom I, Komentarz pod redakcją K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2003, s. 209.

ra przepisy dotyczące aukcji i przetargu. Tak więc, przykładowo, w odniesieniu do zamówień publicznych nie znajdzie zastosowania art. 70¹ § 3, który stanowi: „Ogłoszenie, a także warunki aukcji albo przetargu mogą być zmienione lub odwołane tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści”. W reżimie zamówień publicznych przypadki, w których można dokonać modyfikacji warunków przetargu lub unieważnić postępowanie, są szczegółowo określone w przepisach Pzp.

4. Ustawa reguluje szczegółowo sytuację, w której wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 94 ust. 2). Nie reguluje natomiast sytuacji, w której zamawiający uchyla się od zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana. W takiej sytuacji należy przyjąć, że zastosowanie znajduje art. 70⁴ § 2 Kc, który stanowi między innymi, że jeżeli organizator przetargu uchyla się od zawarcia umowy, wtedy uczestnik przetargu, którego oferta została wybrana może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.
5. Mimo, że Pzp nie zawiera *expressis verbis* zakazu składania ofert opatrzonych warunkiem, uznanie dopuszczalności składania ofert warunkowych na podstawie kodeksu cywilnego nie jest zasadne. Art. 89 Kc przewiduje, że „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek)”. Należy przyjąć, że postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i czynności w ramach tego postępowania mają taką właściwość, że np. złożenie oferty z zastrzeżeniem warunku jest niedopuszczalne.

Art. 15. [Prowadzący postępowanie]

- 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający.**
 - 2. Zamawiający może powierzyć przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.**
 - 3. Podmioty, o których mowa w ust. 2, działają jako pełnomocnicy zamawiającego.**
1. Co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza sam zamawiający. Może on jednakże powierzyć przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Powierzenie może dotyczyć także samego przygotowania postępowania. Mimo literalnego brzmienia przepisu, które wskazywałoby na brak możliwości powierzenia samego przeprowadzenia postępowania, należy opowiedzieć się za taką możliwością. Jeśli bowiem dopuszczalne jest powierzenie obu tych czynności łącznie, niecelowy byłby zakaz powierzania jednej z nich. W kon-

sekwencji należy przyjąć, że tym bardziej dopuszczalne jest powierzanie tylko pewnych czynności niezbędnych dla przygotowania bądź przeprowadzenia postępowania, np. opracowania specyfikacji, zaproszenia do składania ofert, itp.

2. Powierzenie przygotowania lub/oraz przeprowadzenia postępowania własnej jednostce organizacyjnej zamawiającego może być przesądzone w wewnętrznym dokumencie zamawiającego jak np. regulamin zamówień publicznych (zarządzenie, instrukcja). Jednocześnie niezbędne będzie udzielenie stosownego pełnomocnictwa osobom, które w ramach takiej jednostki będą działały w imieniu zamawiającego. W odniesieniu do powierzenia przygotowania lub przeprowadzenia postępowania osobom trzecim konieczne będzie udzielenie stosownego pełnomocnictwa. Osobą trzecią może być zarówno osoba fizyczna jak i osoba prawna, która będzie działała poprzez swoje organy.
3. Art. 15 ust. 3 stanowi, że „podmioty, o których mowa w ust. 2, działają jako pełnomocnicy zamawiającego”. Pełnomocnikami co do zasady mogą być tylko osoby trzecie, albowiem tylko takim osobom, co wynika z natury pełnomocnictwa, można udzielić pełnomocnictwa. Własna jednostka organizacyjna zamawiającego nie może być pełnomocnikiem tego samego zamawiającego. Jeżeli zamawiający powierza przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania własnej jednostce organizacyjnej, mamy w praktyce do czynienia z delegowaniem pewnych kompetencji kierownika zamawiającego. Kiedy natomiast zamawiający powierza przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania osobie trzeciej, mamy do czynienia z klasycznym działaniem w cudzym imieniu.
4. Osoba trzecia, której powierzono przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego działa w imieniu i na rzecz zamawiającego. Powinna ona ujawnić, że działa w imieniu i na rzecz zamawiającego. Jej działania są dla zamawiającego wiążące; są one traktowane jak działania samego zamawiającego. Przykładowo niewłaściwe działania pełnomocnika mogą spowodować konieczność unieważnienia postępowania. W takim przypadku, jeżeli przyczyny unieważnienia postępowania będą leżały po stronie zamawiającego, wykonawcom, zgodnie z art. 94 ust. 4, będzie przysługiwało roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu.
5. Zamawiający, udzielając osobie trzeciej pełnomocnictwa, może określić czas, na który udziela pełnomocnictwa. Z treści pełnomocnictwa może wynikać, że jest ono udzielone np. na czas przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Niezależnie od powyższego zamawiający może w każdym czasie odwołać pełnomocnictwo. Należy przyjąć, że co do zasady udzielenie pełnomocnictwa do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie upoważnia pełnomocnika, chyba, że z treści pełnomocnictwa wynika co innego, do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego.

Art. 16. [Zamówienia wspólne]

- 1. Zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.**
- 2. Prezes Rady Ministrów może wyznaczyć, w drodze zarządzenia, spośród podległych mu jednostek organizacyjnych, jednostkę organizacyjną właściwą do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek.**
- 3. Minister kierujący działem administracji rządowej może wyznaczyć, w drodze zarządzenia, spośród podległych mu jednostek organizacyjnych jednostkę organizacyjną właściwą do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek.**
- 4. Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego może wyznaczyć spośród podległych samorządowych jednostek organizacyjnych jednostkę organizacyjną właściwą do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia na rzecz tych jednostek.**
- 5. Przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do zamawiających, o których mowa w ust. 1.**

1. Wspólne przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia przez zamawiających może być uzasadnione w wielu przypadkach. Co do zasady, im zamawiający więcej zamawiają usług, dostaw czy robót budowlanych, tym lepsze mogą uzyskać warunki na rynku. Niekiedy wspólne udzielenie zamówienia mogą uzasadnić okoliczności natury technicznej (pożądany jeden system komputerowy dla wielu jednostek). Wreszcie podstawą podjęcia decyzji o wspólnym udzieleniu zamówienia mogą być okoliczności natury organizacyjnej (np. wybór doradcy przez przedsiębiorstwa energetyczne podlegające konsolidacji).
2. W art. 16, w odróżnieniu od regulacji art. 15, przewiduje się upoważnienie nie tylko do przeprowadzenia postępowania (w czym będzie się mieściło także ewentualne jego przygotowanie), ale także do udzielenia zamówienia, czyli podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę daleko idące skutki upoważnienia, o którym mowa w art. 16, niezbędne jest szczegółowe uregulowanie relacji pomiędzy zamawiającymi udzielającymi wspólnie zamówienia w umowie. Biorąc pod uwagę, że każdy zamawiający ma z reguły własne zasady udzielania zamówień publicznych (w tym zasady działania komisji przetargowych), zamawiający działający wspólnie winni ustalić, że albo np. będą stosowane zasady funkcjonujące u tego, komu powierzono przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia, albo na potrzeby tego postępowania, ustalą specjalne zasady. W umowie strony winny ustalić m.in. takie zagadnienia, jak powołanie członków i sposób działania komisji przetargowej, zasady podejmowania kluczowych decyzji (np. wybór najkorzystniejszej oferty, unieważnienie postępowania), ewentualne wynagrodzenie dla podmiotu przeprowadzającego w imieniu pozostałych postępowanie itp.

3. Tak jak wszyscy zamawiający, bez względu na to, czy są jednostkami sektora finansów publicznych, czy np. podmiotami prywatnymi mogą, na podstawie zawartego porozumienia, przeprowadzić wspólnie postępowanie i wspólnie udzielić zamówienia publicznego, tak w sektorze finansów publicznych określone organy (Prezes Rady Ministrów, minister kierujący działem administracji rządowej czy organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego) mogą wyznaczyć wśród jednostek sobie podległych taką, która przeprowadzi postępowanie i udzieli zamówienia zarówno dla siebie jak i innych jednostek. Tak jak Pzp przewiduje, że wyznaczenie dokonane przez Prezesa Rady Ministrów i ministra kierującego działem administracji rządowej następuje na podstawie zarządzenia, tak nie przesądza formy odnośnie działań organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego.
4. Niezależnie od tego, że kilku zamawiających wyznacza spośród siebie jednego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, wiele przepisów dotyczy wszystkich zamawiających, także i tych, którzy działają poprzez pełnomocników. Dotyczy to w szczególności kontroli, odpowiedzialności za naruszenie przepisów Pzp, itp.

Art. 17. [Wyłączenia z postępowania]

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

3. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, powtarza się z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

1. Ust. 1 stanowi, że nie tylko proces przeprowadzania postępowania, ale także jego przygotowanie powinno przebiegać w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tymczasem komentowany ustęp dotyczy tylko osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie osób przygotowujących postępowanie. Gdyby jednak czynności przygotowawcze realizowała osoba, która następnie będzie ubiegała się o udzielenie zamówienia, będzie ona wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1. Objęcie regulacją tylko osób uczestniczących w postępowaniu jest uzasadnione o tyle, że większość przesłanek wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu odnosi się do relacji z wykonawcami, których zidentyfikować można dopiero po wszczęciu postępowania.
2. Przepis ust. 2 nie precyzuje, kiedy mają być składane oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1. Należy przyjąć, że jest pożądane, aby oświadczenia takie złożono przed podjęciem jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niekiedy może się okazać, że przesłanki wykluczenia zaistnieją dopiero w trakcie postępowania. Np. wtedy powstanie stosunek prawny lub faktyczny, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osoby dokonującej czynności w postępowaniu. W takiej sytuacji osoba, której to dotyczy powinna niezwłocznie złożyć oświadczenie o zaistnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1.
3. Powstaje pytanie, czy przy zaistnieniu przesłanek określonych w ust. 1 wyłączenie ma skutek z mocy prawa, czy dana osoba, której dotyczą przesłanki wyłączenia sama się wyłącza, czy też wyłączenie wymaga czynności kierownika zamawiającego. Wydaje się, że tak jak kierownik zamawiającego lub osoby, które na podstawie uprawnienia nadanego przez kierownika zamawiającego powierzają wykonanie pewnych czynności określonym osobom, tak osoby te mogą to upoważnienie cofnąć. Podobnie zamawiający, niezwłocznie po zapoznaniu się z oświadczeniem wskazującym na istnienie przesłanek wyłączenia powinien daną osobę wyłączyć z udziału w postępowaniu. Osobom, które zostaną wyłączone z udziału w postępowaniu nie przysługują żadne środki ochrony prawnej.
4. Odrębnego komentarza wymaga przesłanka określona w ust. 1 pkt 4 z uwagi na jej nieostrość. Dla zaistnienia tej przesłanki nie jest potrzebny żaden dowód stronniczości danej osoby. Już sam fakt istnienia stosunku prawnego lub okoliczności faktycznych, które obiektywnie mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności danej osoby (nawet jeśli nie budzą one wątpliwości u konkretnej osoby) jest wystarczający dla wyłączenia jej z postępowania. Przykładowo, jeżeli osoba wykonująca czynności w postępowaniu pozostaje w związku mał-

żeńskim np. z członkiem zarządu podwykonawcy angażowanego przez określonego wykonawcę, wtedy powinna być ona wyłączona z postępowania.

5. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu, po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, należy uznać za nieważne. Powstaje wobec tego pytanie o konsekwencje nie powtórzenia takich czynności, wbrew regulacji ust. 3. W zależności od charakteru czynności można rozważać, czy nie istnieje przesłanka obligatoryjnego unieważnienia postępowania, co powinno mieć miejsce np. wtedy, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7). Z kolei umowa jest nieważna między innymi wtedy, gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6).
6. Oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1 jest składane pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania. Zgodnie z art. 233 § 1 Kodeksu karnego „kto składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Zamawiający powinni mieć jednocześnie świadomość, że warunkiem powyższej odpowiedzialności jest, aby przyjmujący zeznanie (oświadczenie), działając w zakresie swoich uprawnień, uprzedził zeznającego o odpowiedzialności karnej lub odebrał od niego przyrzeczenie (art. 233 § 2 Kk).

Art. 18. [Odpowiedzialność]

1. **Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego.**
 2. **Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego.**
 3. **Jeżeli przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych jest zastrzeżone dla organu innego niż kierownik zamawiającego, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się odpowiednio do tego organu.**
1. Pzp stanowi, że „kierownik zamawiającego” to osoba lub organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową, jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez za-

mawiającego (art. 2 pkt 3). „Kierownikiem zamawiającego” może być organ kolegialny¹.

2. Fakt, iż kierownik zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania nie oznacza, że to kierownik sam powinien postępowanie przygotować i przeprowadzić. Kierownik zamawiającego może powierzyć przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania pracownikom zamawiającego, a także osobom trzecim (zob. komentarz do art. 15). Dotyczy to także dokonania poszczególnych czynności.
3. Powstaje pytanie, jakie czynności są zastrzeżone dla kierownika zamawiającego, o czym mowa w ust. 2 komentowanego artykułu. Należy przyjąć, że będą to w szczególności: wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty i wybór najkorzystniejszej oferty (art. 20 ust. 3), powołanie i odwoływanie członków komisji przetargowej (art. 21 ust. 1). Powierzenie wykonania innych czynności, niż tylko zastrzeżonych dla zamawiającego, powinno mieć formę pisemną. Przygotowanie i przeprowadzenia postępowania, delegowania kompetencji kierownika zamawiającego, przygotowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, itp. są bardzo często regulowane różnego typu zarządzeniami, instrukcjami i regulaminami. Niezależnie od tego powierzenie pracownikom zamawiającego wykonania określonych czynności wymaga formy indywidualnie adresowanej do pracowników zgodnie z prawem pracy.
4. Odpowiedzialność kierownika zamawiającego oparta jest o przepisy prawa (np. Kodeks spółek handlowych) oraz o umowę (o pracę, kontrakt menedżerski, itp.) Zakres odpowiedzialności innych osób, którym powierzono wykonanie czynności w postępowaniu zależy w istotnej mierze od treści umów, na podstawie których wykonują one określone czynności. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów Pzp dotyczy tylko zamawiających, a nie osób, o których mowa wyżej. Tak więc kara pieniężna, o której mowa w art. 200 nie może być nałożona ani na kierownika zamawiającego, ani na osoby, którym powierzył on wykonywanie określonych czynności.
5. Odpowiedzialność za naruszenie zasad lub trybu postępowania przy udzielaniu zamówienia publicznego przewiduje ustawa o finansach publicznych². Zgodnie z art. 138 tej ustawy naruszenie zasady lub trybu postępowania przy udzielaniu zamówienia publicznego jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Co do zasady, „odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest ponoszona zarówno za umyślne jak i nieumyślne działania i zaniechania (...)” (art. 141 ust. 1). Karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są: upomnienie, nagana, kara pieniężna i zakaz pełnienia funkcji kierowniczych związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres od roku do 5 lat od dnia uprawomocnienia orzeczenia (art. 147 ust. 1).

¹ Na temat „kierownika zamawiającego” zob. komentarz do art. 2.

² Dz. U. z 2003 r. Nr 15 poz. 148 z późn. zm.

Art. 19. [Komisja przetargowa]

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

1. Pzp przewiduje, że przy wartości zamówienia nie wyższej niż 60 000 euro powołanie przez zamawiającego komisji przetargowej jest fakultatywne, natomiast powyżej tej kwoty jest obligatoryjne. Przy przetargach o wartości nie wyższej niż 60 000 euro, jeżeli kierownik zamawiającego zdecyduje się powołać komisję przetargową, mimo braku takiego obowiązku, będzie zobowiązany do stosowania właściwych przepisów zawartych w rozdziale „Zamawiający i Wykonawcy”. Zgodnie z art. 131 ust. 1 „udzielając zamówienia sektorowego, kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej” (zob. komentarz do art. 131).
2. Sam fakt powołania komisji przetargowej o stałym charakterze, czy też powołanie jej do przygotowania i przeprowadzenia określonego postępowania, nie ma wpływu na jej funkcje, zadania czy kompetencje. Powołanie komisji o charakterze stałym, to znaczy takiej, która przeprowadza wszystkie lub niektóre postępowania zamawiającego, nie ogranicza kierownika jednostki w podejmowaniu decyzji co do zmian składu takiej komisji.
3. Członkowie komisji przetargowej, jako osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podlegają wyłączeniu z tego postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 i są zobowiązane złożyć pisemne oświadczenia, o których mowa w art. 17 ust. 2.

Art. 20. [Zadania komisji]

- 1. Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert.**
- 2. Kierownik zamawiającego może także powierzyć komisji przetargowej dokonanie innych, niż określone w ust. 1, czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się odpowiednio.**

3. Komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także w zakresie, o którym mowa w ust. 1, występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

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

Art. 21. [Skład komisji]

1. Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego.
2. Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech osób.
3. Kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie

nie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac.

- 4. Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Przepis art. 17 stosuje się.**
 1. Powołanie i odwołanie członków komisji przetargowej, podobnie jak powołanie biegłego to czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego. Kierownik zamawiającego decyduje też o tym, z ilu osób ma składać się komisja przetargowa, z tym, że nie może to być mniej niż trzy osoby. Jakkolwiek przepisy prawa nie przewidują żadnych ograniczeń w odwoływaniu przez kierownika zamawiającego członków komisji przetargowej, wskazane jest, aby przy braku istotnych przesłanek, skład komisji prowadzącej dane postępowanie nie był zmieniany.
 2. Kierownik zamawiającego najczęściej określa organizację, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej w regulaminie komisji przetargowej lub podobnym dokumencie. Może w nim być określony też skład komisji, jakkolwiek, w szczególności w odniesieniu do komisji nie mających stałego charakteru, skład ten może być ustalony dla poszczególnych postępowań odrębnymi pismami. Jest zasadne, aby w regulaminie komisji przetargowej określić między innymi: prawa i obowiązki członków komisji, udział innych osób (biegłych) w pracach komisji, dokumentację niezbędną dla prawidłowego dokumentowania przebiegu postępowania, czynności w trakcie postępowania, w tym związane z oceną ofert. Regulamin powinien określać także sposób zwoływania komisji, sposób głosowania, wskazywać kiedy głosowanie oraz inne czynności wykonywane przez komisję są ważne itp.
 3. Powstaje pytanie, na czym ma polegać indywidualizacja odpowiedzialności członków komisji przetargowej, o której mowa w ust. 3. Bez wątplenia powinna się wyrażać w określeniu szczególnych zadań dla przewodniczącego i sekretarza komisji przetargowej. Przykładowo, do zadań przewodniczącego może należeć: kierowanie pracami komisji, wyznaczenie terminów posiedzeń komisji, informowanie kierownika zamawiającego o treści złożonych oświadczeń członków komisji co do istnienia lub nieistnienia podstaw wyłączenia z postępowania, nadzorowanie prawidłowego prowadzenia dokumentacji postępowania, nadzór nad terminowym i prawidłowym dokonywaniem czynności przez komisję itp. Do szczególnych obowiązków sekretarza komisji może należeć prowadzenie dokumentacji postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, wysyłanie ogłoszeń do publikacji, wysyłanie korespondencji do wykonawców itp.
 4. Jest rzeczą kontrowersyjną, czy indywidualizacja odpowiedzialności i związana z tym indywidualizacja zadań członków komisji przetargowej ma wybiegać dalej, niż indywidualizacja zadań przewodniczącego i sekretarza komisji. Z jednej

strony można rozważyć argumenty za dalszą indywidualizacją, np. takie, że badania spełnienia przez wykonawców warunków formalnych powinien dokonywać członek komisji przetargowej mający wykształcenie prawnicze, a z kolei inżynier biegły w sprawach robót budowlanych badałby, czy wykonawcy posiadają rzeczywiście niezbędny potencjał techniczny dla realizacji umowy, której przedmiotem są roboty budowlane. Z drugiej jednak strony, aby zapewnić przestrzeganie zasad udzielania zamówień, takich jak bezstronność i obiektywizm jest wskazane, aby poprzez daleko idącą indywidualizację zadań i odpowiedzialności członków komisji sama komisja nie utraciła charakteru organu działającego zespołowo. W każdym przypadku kierownik zamawiającego, dokonując stosownego wyważenia wyżej określonych argumentów i uwarunkowań, powinien podjąć stosowne decyzje w zakresie indywidualizacji zadań i odpowiedzialności członków komisji.

5. Nie obowiązuje już niezwykle sztywny i niezyciowy przepis który przewidywał, że kierownik zamawiającego może powoływać do komisji przetargowej tylko pracowników zamawiającego. Kierownik zamawiającego może powoływać do komisji przetargowych zarówno osoby, które są zatrudnione przez zamawiającego na podstawie umowy o pracę jak i na podstawie umów zlecenia i innych umów. Żaden przepis nie przewiduje, że zamawiającego powinna łączyć z członkiem komisji jakakolwiek umowa. Z drugiej jednak strony powinien on zadbać, aby każdy z członków komisji przetargowej należycie troszczył się o interesy zamawiającego, aby był zobowiązany do poufności i miał możliwości uczestniczenia w pracach komisji przetargowej, itp.
6. Ustawa nie zawiera szczegółowych przepisów dotyczących roli i statusu biegłych w procedurach przygotowania i przeprowadzania postępowań. Bez wątpienia mogą oni służyć kierownikowi zamawiającego, osobom, którym kierownik zamawiającego powierzył dokonanie określonych czynności czy komisjom przetargowym, zarówno dokonując pisemnych opracowań jak i udzielając ustnie odpowiedzi na postawione im pytania. Odpowiedzi udzielane ustnie powinny być zaprotokołowane.
7. Wyjaśnienia wymaga pojęcie „wiadomości specjalne”, o którym mowa w ust. 4. Występuje ono także w Kodeksie postępowania cywilnego. Zdaniem Sądu Najwyższego „wiadomości specjalne” to wiadomości wykraczające poza zakres tych, jakimi dysponuje ogół osób inteligentnych i ogólnie wykształconych¹. W literaturze dotyczącej regulacji zawartych w Kpc wskazuje się, że przez „wiadomości specjalne” należy rozumieć wiadomości z zakresu nauki, sztuki, rzemiosła czy obrotu gospodarczego². Na tym gruncie istnieją kontrowersje co do tego, czy za „wiadomości specjalne” można uważać wiadomości z dziedziny

¹ Wyrok powołany w Komentarzu do kodeksu postępowania cywilnego, tom I, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa, 1996, s. 870.

² Tak W. Siedlecki „Postępowanie cywilne – Zakres wykładu”, Warszawa, 1998, s. 156.

prawa, zakłada się bowiem, że sąd powinien sam prawo znać i należycie je stosować¹. Wątpliwości te nie powinny istnieć na płaszczyźnie Pzp, bowiem nie należy zakładać, że zawsze członkowie komisji przetargowych będą posiadali niezbędną wiedzę z zakresu prawa.

Art. 22. [Warunki ubiegania się o zamówienie]

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

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

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

1. Wykonawcy powinni spełniać łącznie wszystkie przesłanki określone w ust. 1. Brak spełnienia którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 i 3 stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jest to konsekwencją założenia, że zamówienia publiczne powinny być realizowane tylko przez takie podmioty, które zostały zweryfikowane pod kątem możliwości realizacji danego zamówienia. W każdym postępowaniu zamawiający powinien żądać, aby jednym z wymaganych elementów oferty było oświadczenie wykonawcy, że spełnia wymagania określone w ust. 1 komentowanego artykułu (zob. art. 36 ust. 1 pkt 9).
2. Część przesłanek, o których mowa w art. 22 ma charakter ogólny, a zawarte w nich pojęcia nie są ostre. Jest to naturalną konsekwencją tego, że nie sposób precyzyjnie określić warunków, jakie ma spełnić wykonawca w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. To właśnie w kontekście potrzeby udzielenia konkretnego zamówienia zamawiający precyzyjnie określa warunki, które musi spełnić każdy wykonawca, aby jego oferta mogła być poddana merytorycznej ocenie.
3. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy, aby posiadał on uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli obowiązek posiadania takich uprawnień nie wynika z przepisów prawa. Nie może także żądać od wykonawcy większej wiedzy, doświadczenia, czy potencjału technicznego niż jest to niezbędne do wykonania zamówienia. Podobnie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy nie może być oderwana od wartości przedmiotu zamówienia.

¹ Zob. bliżej J. Turek „Opinie biegłych w zakresie wycen majątkowych”, Monitor Prawniczy 2000 r., Nr 7, s 462.

4. Przez uprawnienia do wykonywania określonej działalności należy rozumieć wszelkie koncesje, licencje, zezwolenia itp. Należą do nich także szczególne kwalifikacje zawodowe. Niektóre usługi mogą być wykonywane tylko przez geodetów, adwokatów, radców prawnych, architektów, inne tylko przez biegłych rewidentów, itd. Brak zapisu przy określeniu przedmiotu działalności wykonawcy, np. w statucie lub umowie spółki, działalności związanej z przedmiotem zamówienia nie może być postrzegany jako brak uprawnienia do wykonywania określonej działalności. Przykładem uprawnienia do wykonywania określonej czynności będzie świadectwo wydane przez komisję kwalifikacyjną, które zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne¹ powinny posiadać osoby zajmujące się eksploatacją sieci. Uprawnienia te muszą być ważne przynajmniej w dacie składania ofert. Należy zakładać, że sam zamawiający wie, jakie uprawnienia są niezbędne dla wykonywania określonej działalności lub czynności. Powinien on w SIWZ, na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 9, wskazać konkretne uprawnienia, które wykonawca zobowiązany jest posiadać i w jaki sposób powinien to udokumentować.
5. Obowiązkiem zamawiającego jest doprecyzowanie określenia „niezbędna wiedza i doświadczenie” w kontekście danego zamówienia oraz wskazanie zasad oceny spełnienia tego warunku. W doktrynie zaznacza się, że zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, „jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonaniem (przeprowadzonym) eksperymentem, czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamyh prac lub czynności, (...) określając wymaganą wiedzę i doświadczenie ilością wykonanych robót, dostaw czy też usług, należy mieć na uwadze przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji, ilość zrealizowanych rozwiązań w skali kraju, nowatorstwo technologiczne lub konstrukcyjne i wiele innych aspektów”². Przykładowo, należy uznać, że nie będzie żądaniem ograniczającym konkurencję postawienie przez zamawiającego wymogu wykazania przez wykonawcę realizacji przynajmniej trzech dostaw w zakresie porównywalnym ilościowo z danym zamówieniem, co wykonawca będzie zobowiązany potwierdzić wykazem, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 26 ust. 4³.
6. Określenie warunków potwierdzających, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia jest trudne także i z tego względu, że potwierdzenie spełnienia tych warunków może być

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504 tekst jedn.

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

³ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 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 z dnia 21 kwietnia 2004 r.).

oparte w praktyce tylko na trzech dokumentach: sprawozdaniu finansowym (ewentualnie opinii do takiego sprawozdania), informacji banku lub polisie albo podobnym dokumencie potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej¹. Wydaje się, że stawianie wymogu prowadzenia działalności z zyskiem, a w szczególności z zyskiem na określonym poziomie nie jest rozwiązaniem właściwym. Wielu wykonawców może nie móc wykazać się zyskiem, choć wcale nie musi to oznaczać, że ich sytuacja ekonomiczna jest zła. W świetnie prosperującej firmie brak zysku w danym czasie może wynikać z prowadzenia nowej, dużej inwestycji. W niektórych sytuacjach postawienie wymogu pewnego minimalnego poziomu przychodów może być uzasadnione. Jeżeli np. zamawiający zamierza udzielić jednorazowego zamówienia o wartości kilkudziesięciu milionów złotych (stworzenie i implementacja dużego systemu komputerowego), wtedy nie powinno być uznane za naruszenie zasady uczciwej konkurencji wymaganie wykazania przychodów rocznych przynajmniej na tym samym, a nawet wyższym poziomie.

7. Generalnie należy uznać, że niedopuszczalne jest takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie oznacza to jednak, że jeżeli zamawiający pragnie uzyskać usługi lub towary najwyższej jakości, nie może on postawić odpowiednio wysokich żądań. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie powinien abstrahować od tego, że istnieją ograniczenia co do możliwości żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie oczekiwanych warunków². Jest wskazane, aby warunki udziału w postępowaniu były precyzowane w taki sposób, aby dokumenty, których może żądać zamawiający pozwalały we właściwy sposób ocenić, czy zostały one spełnione.

Art. 23. [Konsorcjum]

- 1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.**
 - 2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.**
 - 3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.**
1. W przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia (dzieje się to często na podstawie umów konsorcjalnych), każdy z nich powinien spełnić wszelkie warunki formalne które dotyczą wykonawców, a wynikają

¹ Wynika to z treści rozporządzenia wydanego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

² Zob. art. 26 i wydane na podstawie ust. 4 artykułu rozporządzenie Rady Ministrów.

z przepisów prawa i są określone w ogłoszeniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Jeżeli wykonawca zamierza wykonać zamówienie we współpracy z podwykonawcą, w rozumieniu Pzp nie są oni wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji obowiązek spełnienia wymogów formalnych dotyczy wykonawców, nie dotyczy natomiast podwykonawców.

2. W przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia są zobowiązani do ustanowienia pełnomocnika, przynajmniej do reprezentowania ich w toczącym się postępowaniu. Pełnomocnictwo może także objąć upoważnienie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Naturalnym rozwiązaniem będzie ustanowienie pełnomocnikiem jednego z wykonawców działających wspólnie. Nie ma jednak przeszkód prawnych, aby pełnomocnikiem został, na zasadach ogólnych, podmiot nie będący żadnym z wykonawców działających wspólnie.
3. Przepisy ustawy dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są lakoniczne. Jednocześnie odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 3) może w wielu kwestiach budzić wątpliwości. Jest wskazane, aby zamawiający w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu precyzował warunki uczestnictwa w postępowaniu, odnoszące się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dotyczy to przede wszystkim zamówień co do których, z uwagi na ich przedmiot i zakres, jest prawdopodobne, że ubiegać się o nie będą wykonawcy działający wspólnie. Jeżeli zamawiający tego nie uczyni na wyżej wskazanym etapie jest zasadne, aby to wykonawcy, w procedurze zgłaszania pytań i wniosków o wyjaśnienia, wnosili o doprecyzowanie wymogów dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
4. Co do zasady każdy z wykonawców działających wspólnie powinien złożyć wszelkie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z drugiej strony należy dopuścić możliwość wspólnych oświadczeń wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia potwierdzających, że razem spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3. Gdyby zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców działających wspólnie posiadał uprawnienia do wykonywania określonych czynności, podczas gdy jeden z nich takie posiada w zakresie wystarczającym do wykonania całego zamówienia, byłoby to żądanie naruszające przepisy Pzp zakazujące nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Jest rzeczą naturalną, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są wobec siebie komplementarni (jeden np. jest producentem towarów, drugi np. świadczy usługi). Żądanie od każdego z nich spełnienia wymogów adekwatnych do statusu drugiego nie jest racjonalne, nie wymaga tego też interes zamawiającego.
5. W powyższym kontekście powstaje pytanie, czy istnienie jednej z przesłanek wykluczenia z postępowania w odniesieniu do jednego z wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia uzasadnia wykluczenie wszystkich pozostałych wykonawców, którzy wspólnie z nim ubiegają się o udzielenie zamówienia. Należy przyjąć, że jest niedopuszczalne, aby zamówienie było realizowane przez wykonawców działających wspólnie, z których choćby jeden podlega wykluczeniu. W takim przypadku zamawiający, nie mogąc wykluczyć tylko takiego wykonawcy, jest zobowiązany wykluczyć wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

6. Jeżeli wykonawcy działający wspólnie ustanowią pełnomocnika, zamawiający nie ma obowiązku wysyłania pism, zawiadomień, itp. na adres każdego z wykonawców działających wspólnie, natomiast powinien to czynić na adres pełnomocnika. Konsekwentnie np. termin na wniesienie protestu będzie liczony od dnia, kiedy pełnomocnik dowiedział się lub mógł dowiedzieć się o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 180 ust. 2), niezależnie od tego, czy wykonawcy, których on reprezentuje dowiedzieli się o tym w takim samym czasie, czy później.
7. Powstaje problem, czy w postępowaniach dwuetapowych możliwe są zmiany w składzie konsorcjum po zakwalifikowaniu go do drugiego etapu. Generalnie należy przyjąć, że w tym czasie nie są dopuszczalne zmiany polegające na tym, że z konsorcjum występuje jeden z jego uczestników, nawet wówczas, gdy w jego miejsce wchodziłby inny podmiot. To właśnie skład określonego konsorcjum przesądził o tym, że zakwalifikowało się ono do drugiego etapu. Odejście z takiego konsorcjum jednego z jego uczestników mogłoby w niejednym przypadku przesądzić o innej decyzji zamawiającego. Dodatkowo, kolejne badanie spełniania przez konsorcjum w nowym składzie warunków udziału w postępowaniu opóźniłoby całą procedurę. Mogłyby także istnieć wątpliwości, czy zgoda zamawiającego na takie działania nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.
8. Istnieje dylemat czy w przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia dopuszczalne jest, aby jeden z nich jednocześnie samodzielnie ubiegał się o udzielenie tego samego zamówienia i składał własną ofertę. Należy przyjąć, że zgoda zamawiającego na taki stan rzeczy byłaby sprzeczna z przepisami Pzp, a w szczególności z art. 7 ust. 1, który nakazuje zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. We wskazanym przypadku zasada uczciwej konkurencji byłaby naruszona, a zatem zamawiający powinien obie oferty odrzucić.

Art. 24. [Przesłanki wykluczenia]

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 1) wykonawców, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę niewykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia**

wszczęcia postępowania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;

- 2) wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono;
 - 3) wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
 - 4) osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych;
 - 5) spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych;
 - 6) spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych;
 - 7) spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych;
 - 8) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych;
 - 9) podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;
 - 10) wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1–3.
2. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:
- 1) wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, z wyjątkiem autorów miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, jeżeli przed-

- miotem postępowania o udzielenie zamówienia są prace projektowe wynikające z miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, sporządzonych przez tych autorów;
- 2) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
 - 3) nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków;
 - 4) nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.
3. Zamawiający zawiadamia niezwłocznie wykonawcę o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.
1. Katalog przesłanek wykluczenia z postępowania jest zamknięty. Jednocześnie w przypadku zaistnienia którejkolwiek z nich zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Przesłanki określone w ust. 1 komentowanego artykułu nie są bezpośrednio związane z prowadzonym postępowaniem, w trakcie którego istnienie przesłanek wykluczenia z postępowania jest rozpatrywane, natomiast przesłanki o których mowa w ust. 2 są związane z prowadzonym postępowaniem. Rozróżnienie to nie ma wpływu na konsekwencje zaistnienia którejkolwiek z powyższych przesłanek.
 2. Mogą powstać wątpliwości, co oznacza określenie „wyklucza się”, a w szczególności, czy wykluczenie następuje z mocy prawa, przy zaistnieniu jednej z przesłanek wykluczenia, czy też jest ono czynnością zamawiającego. Konsekwencje przyjęcia pierwszego rozwiązania byłyby dla wykonawcy bardzo niekorzystne. Gdyby do wykluczenia z postępowania dochodziło z mocy prawa, wykonawcy nie przysługiwałyby żadne środki ochrony prawnej (zgodnie z art. 180 ust. 1 protest można wnieść tylko wobec czynności podjętych przez zamawiającego). Należy wobec tego przyjąć, że określenie „wyklucza się” oznacza nałożony przez ustawodawcę na zamawiającego obowiązek dokonania czynności wykluczenia w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wykluczenia.
 3. Wykluczenie z postępowania jest czynnością zamawiającego, o której powinien on niezwłocznie zawiadomić wykonawcę, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W uzasadnieniu należy precyzyjnie wskazać okoliczności faktyczne uzasadniające wykluczenie, jak i konkretną podstawę prawną wykluczenia (jedną lub więcej z czternastu przesłanek, o których mowa w ust. 1 i 2). Od powyższej czynności wykonawcy przysługuje protest, zgodnie z art. 180. Zamawiający, informując wykonawcę o wykluczeniu nie jest zobowiązany do pouczenia go o przysługującym mu prawie do protestu.
 4. Zamawiający powinien wykluczać wykonawców z postępowania niezwłocznie po uzyskaniu wiadomości o istnieniu przesłanek, o których mowa w ust. 1 i 2. Tak jak niektóre przesłanki mogą być rozpatrywane dopiero po otwarciu ofert

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

5. Przesłanka, o której mowa w ust. 1 pkt 1 jest bardzo rygorystyczna. W niejednym przypadku, a dotyczy to w szczególności firm, których istotna część towarów lub usług jest kontraktowana na podstawie prawa zamówień publicznych, wyrządzenie szkody, o której mowa w tym przepisie, może skutkować nawet bankrutem. Z drugiej strony ustawodawca przyjął, że na rynku, który jest coraz bardziej konkurencyjny, nie ma powodu aby udzielać zamówień publicznych podmiotom, które wcześniej nienależycie realizowały przyjęte zamówienia. Rygoryzm tej przesłanki wyraża się w tym, że wystarczy jeden przypadek wyrządzenia przez wykonawcę wspomnianej szkody (mimo, że wcześniej i później wykonywał on zobowiązania należycie), aby wspomniany przepis znalazł zastosowanie. Co więcej, mowa tu o szkodzie wyrządzonej jakimkolwiek zamawiającemu, a nie tylko zamawiającemu prowadzącemu dane postępowanie.
6. O istnieniu przesłanki, o której mowa w ust. 1 pkt 1 można mówić tylko wtedy, gdy jakiegokolwiek zamawiającego i wykonawcę wiązała ważna umowa i zobowiązania wynikające z tej umowy nie zostały wykonane lub zostały wykonane nienależycie. Tak więc, jeżeli wcześniej wykonawca wygrał przetarg, ale nie doszło do podpisania umowy z jakiegokolwiek przyczyny, przesłanka ta nie znajdzie zastosowania. Zobowiązanie nie jest wykonane jeżeli wykonawca nie spełnia świadczenia, które zgodnie z treścią umowy należy się zamawiającemu. Ten sam skutek prawo zamówień publicznych przewiduje w przypadku, gdy świadczenie zostało wykonane, ale jest wykonane nienależycie (np. wykonawca dostarczył towary, ale obciążone wadami i po umówionym terminie). O nienależytym wykonaniu zamówienia można też mówić w aspekcie niezachowania terminu (zwłoki w spełnieniu świadczenia), czy niewłaściwego miejsca spełnienia świadczenia. Omawiana przesłanka nie znajdzie natomiast zastosowania jeżeli co prawda wykonawca nie wykonał zobowiązania lub wykonał je nienależycie, ale zamawiający nie poniósł szkody. Będzie tak także w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, nawet wtedy, gdy odpowiedzialności tej nie ponosi też sam zamawiający. Okolicznością, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność jest w szczególności zachowanie noszące znamiona winy. Jest nią między innymi niezachowanie należytej staranności. Ponadto wykonawca może ponosić odpowiedzialność w szerszym zakresie niż tylko za zachowania noszące znamiona winy, a możliwość ukształtowania zakresu jego odpowiedzialności wynika z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ Kc. Gdy wykonawca do dnia wszczęcia postępowania dobrowolnie naprawi wyrządzoną szkodę, nie zaistnieje przesłanka wykluczenia go z tego postępowania.
7. Samo przeświadczenie zamawiającego o istnieniu przesłanki, o której mowa w ust. 1 pkt 1 nie jest wystarczające, aby wykluczyć danego wykonawcę z postępowania. Niezbędne będzie potwierdzenie oparte na dokumentach, z których

najbardziej miarodajnym będzie orzeczenie sądu, w tym także sądu polubownego. Przy wykluczeniu wykonawcy na podstawie wspomnianej przesłanki, podobnie jak każdej innej przesłanki wykluczenia, ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym.

8. Jeżeli wykonawca, który został wykluczony przez zamawiającego, składa protest, odwołanie lub skargę do sądu powinien być przez cały czas, aż do dnia w którym sąd oddali jego skargę, traktowany jako uczestnik postępowania. Tak więc może wnosić protesty i odwołania dotyczące innych czynności zamawiającego, ma prawo być poinformowanym o wyborze oferty (art. 92) itp. W przypadku, gdy wykonawca korzystał z wszystkich przysługujących mu środków ochrony prawnej, dopiero po wydaniu przez sąd niekorzystnego dla niego orzeczenia zamawiający może uznać, że stracił on status wykonawcy, to jest w tym przypadku podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia (zob. komentarz do art. 179).
9. Prawomocne skazanie za przestępstwo przekupstwa, za przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub za inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania nawet wtedy, gdy nie było związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przestępstwa przekupstwa dopuszcza się ten, kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji (art. 229 § 1 Kk). Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu są uregulowane w szczególności w rozdziale XXXVI Kk.
10. Kluczowym aktem prawnym regulującym m.in. zobowiązania podatkowe i postępowania podatkowe jest ustawa Ordynacja podatkowa¹. Przewiduje ona m.in., że „organ podatkowy, na wniosek podatnika, w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem podatnika lub interesem publicznym może odroczyć termin podatku lub rozłożyć zapłatę podatku na raty jak i odroczyć lub rozłożyć na raty zapłatę zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę” (art. 48 § 1 ust. 1 i 2). Organ podatkowy w przypadkach określonych w ustawie może wstrzymać wykonanie decyzji (art. 224 § 2 Ordynacji podatkowej). W procedurze ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawca może skutecznie powoływać się na wstrzymanie wykonania decyzji, jeżeli wstrzymano wykonanie decyzji w całości (Ordynacja podatkowa przewiduje też możliwość wstrzymania wykonania decyzji w części). Powyższe zagadnienia, w odniesieniu do składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne są uregulowane w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych².
11. Zgodnie z ust. 2 pkt 1 z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem pro-

¹ Dz. U. z 1997 r. Nr 137, poz. 926 z późn. zm.

² Dz. U. z 1998 r. Nr 137, poz. 887.

wadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności (z wyjątkami określonymi w przepisie). Uczestnictwo w postępowaniu podmiotów, które nabyły w trakcie jego przygotowywania wiedzę dotyczącą postępowania stawia je w uprzywilejowanej pozycji. Wykluczeniem mającym na celu zapewnienie uczciwej konkurencji skutkuje wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem postępowania, określonych w Rozdziale 2 Działu II Pzp (określenia przedmiotu zamówienia, określania wartości szacunkowej zamówienia, sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Aby zaistniała przesłanka wykluczenia uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni. Regulacja ta ma służyć temu, aby żaden z wykonawców nie miał przewagi nad innymi, co miałyby miejsce zarówno wtedy, gdy np. inspirowałby pewne postanowienia SIWZ, jak i wtedy, gdy wcześniej jak inni znałby jej treść.

Art. 25. [Dokumenty składane przez wykonawców]

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

1. Zamawiający nie może żądać od wykonawców złożenia innych oświadczeń lub dokumentów niż te, które wskazał w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert, a które jednocześnie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Jeżeli wykonawca uzna, że żądany przez zamawiającego dokument lub oświadczenie nie są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania, może złożyć protest. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3.
2. W postępowaniach dwuetapowych oświadczenia powinny być co do zasady składane już na pierwszym etapie postępowania (dotyczy to na przykład oświadczeń, o których mowa w art. 22 ust. 1). Zamawiający z własnej inicjatywy lub na wniosek wykonawcy może zgodzić się, aby niektóre dokumenty potwierdzające spełnienie wymaganych warunków (prawdziwość oświadczeń) były składane dopiero na drugim etapie postępowania (tzw. oferta ostateczna). Decyzja w tej sprawie należy do zamawiającego, może on chcieć np. prowadzić negocjacje po ogłoszeniu tylko z tymi podmiotami, które spełniają wszelkie wymogi formalne i nie ponosić ryzyka straty czasu na negocjacje z wykonawcami, którzy mogą w ofercie ostatecznej nie złożyć wymaganych dokumentów. Rozstrzygnięcia zamawiającego w taki sam sposób powinny dotyczyć wszystkich wykonawców.

3. Ustawodawca wyróżnia w komentowanym artykule odrębne kategorie oświadczeń i dokumentów. Należy zaznaczyć, że w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania cywilnego także oświadczenie należy uznać za dokument. Oświadczenie wykonawcy będzie dokumentem prywatnym w rozumieniu art. 245 Kpc który stanowi, że „dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie”.

Art. 26. [Potwierdzenie spełniania warunków]

1. **Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro.**
 2. **Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.**
 3. **Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, do uzupełnienia tych dokumentów w określonym terminie, jeżeli ich nieuzupełnienie skutkowałoby unieważnieniem postępowania.**
 4. **Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, mając na względzie, że potwierdzeniem spełniania tych warunków może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego.**
1. W postępowaniach o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości 60 000 euro zamawiający nie jest zobowiązany do żądania od wykonawców przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, żądanie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest obligatoryjne.
 2. Wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu niezłożonych w określonym terminie, jest dopuszczalne tylko wtedy, jeżeli ich nieuzupełnienie skutkowałoby unieważnieniem postępowania. Chodzi w szczególności o sytuację, gdy do unieważnienia postępowania musiałoby dojść z uwagi na fakt nie złożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1).
 3. Jeżeli w kilku ofertach brakuje wymaganych dokumentów, w efekcie czego zamawiający nie otrzymuje żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, nie może arbitralnie zwrócić się z wezwaniem o uzupełnienie dokumentów w określonym

terminie tylko do wybranego wykonawcy. Stanowiłoby to naruszenie jednej z kluczowych zasad prowadzenia postępowania, jaką jest równe traktowanie wykonawców. Dlatego też w omawianym przypadku zamawiający powinien wenzwać do uzupełnienia dokumentów wszystkich wykonawców, których oferty podlegałyby odrzuceniu z uwagi na brak wymaganych dokumentów.

4. Na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 26 ust. 4 Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹. Określa ono, jakich dokumentów zamawiający może żądać w formie oryginału lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 (§ 1 pkt 1). Określa także dokumenty, jakich może żądać dla potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (§ 1 pkt 2) oraz dokumenty potwierdzające, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.
5. Biorąc pod uwagę fakt, że w art. 24 ust. 2 pkt 3 wyraźnie rozróżnia się pojęcia „oświadczeń” i „dokumentów”, a ust. 3 komentowanego artykułu zawiera jedynie pojęcie „dokumentów” należy przyjąć, że na jego podstawie nie mogą być uzupełniane oferty wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub oświadczenia te obarczone są wadą.
6. Jeżeli zamawiający prowadzi postępowanie w celu udzielenia zamówienia sektorowego (zob. art. 122), może on żądać przedstawienia także innych dokumentów, niż określone w wyżej wspomnianym rozporządzeniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (art. 132 ust. 1 pkt 1). Jednocześnie żądania zamawiającego nie mogą naruszać zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Art. 27. [Obowiązek formy pisemnej]

- 1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60.000 euro, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie.**
- 2. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą teleksu, telefaksu lub drogą elektroniczną uważa się za złożone w ter-**

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645.

minie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie.

1. Ustawa przewiduje, że całe postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem określonych w niej wyjątków, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1)¹.
2. Przesłanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji przy pomocy teleksu, telefaksu, czy drogą elektroniczną bez bezpiecznego podpisu elektronicznego nie spełnia wymogu pisemności. Mimo tego będą one uznane z mocy prawa za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pismem. W tym kontekście samo wysłanie np. zawiadomienia lub informacji drogą elektroniczną nie będzie wystarczające, jeżeli zawiadomienie lub instrukcje nie dotarły do adresata w taki sposób, że mógł się z nimi zapoznać.
3. Ani zamawiający, ani wykonawca nie są zobowiązani udowadniać, że adresat zawiadomienia do którego dotarło ono np. w formie telefaksu zapoznał się z nim. W każdym jednak przypadku ciężar dowodu, że oświadczenie, wniosek, zawiadomienie, czy informacja dotarły do adresata, spoczywa na podmiocie wysyłającym.

Art. 28. [Fakultatywność formy pisemnej]

1. **W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.**
 2. **Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują dokumenty lub informacje, o których mowa w ust. 1, faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.**
 3. **Wybrany sposób przekazywania dokumentów oraz informacji, o których mowa w ust. 1, drogą elektroniczną nie może ograniczać konkurencji.**
1. Złagodzenie wymogów formalnych w postępowaniach o wartości nie przekraczającej równowartości w złotych kwoty 60 000 euro dotyczy także formy przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji. Zamawiający podejmuje decyzję, czy mogą być one przekazywane także faksem lub drogą elektroniczną. Może to uczynić zarówno w treści ogłoszenia, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert. Jeżeli tego nie uczyni, to obowiązuje, na zasadach ogólnych, forma pisemna. Zamawiający może dopuścić przekazywanie informa-

¹ Zob. szerzej komentarz do tego przepisu.

cji faksem lub drogą elektroniczną także na wniosek wykonawcy. Wyrażona zgoda winna dotyczyć wszystkich wykonawców i być im przekazana.

2. Powstaje pytanie, czy zamawiający mógłby, na podstawie ust. 1 komentowanego artykułu wyłączyć stosowanie formy pisemnej, a narzucić np. drogę elektroniczną. Należy przyjąć, że teoretycznie byłoby to dopuszczalne, bowiem zasada pisemności określona w art. 9 ust. 1 *expressis verbis* dopuszcza ustawowe wyjątki, a takim jest właśnie ust. 1. Praktycznie będzie to dopuszczalne tylko wówczas, gdy nie będzie ograniczało konkurencji.
3. Ustawa nie przewiduje w jakiej formie ma nastąpić potwierdzenie otrzymania dokumentu lub informacji, o którym mowa w ust. 2. Należy przyjąć, że jeżeli zamawiający dopuści w danym postępowaniu formę faksu lub drogi elektronicznej, to także w tych formach, a nie tylko w formie pisemnej dopuszczalne jest potwierdzenie otrzymania dokumentów lub informacji.

Rozdział 2

Przygotowanie postępowania

Art. 29 [Opis przedmiotu zamówienia]

- 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.**
 - 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.**
 - 3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” lub inne równoznaczne wyrazy.**
1. Przepisy art. 29–31, określające sposób opisania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, uwzględniają postanowienia dyrektyw Unii Europejskiej, dotyczących zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz doświadczenia zdobyte pod rządami uzp.
 2. Stosownie do ust. 1 komentowanego artykułu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z regulacji tej wynika, że opis przedmiotu zamówienia ma dwojakie znaczenie: pozwala na identyfikację przedmiotu zamówienia i spełnia doniosłą funkcję normatywną jako składnik

SIWZ¹. Wyraz „jednoznaczny” należy rozumieć jako „mający jedno znaczenie”, „dokładnie określony”, „nie budzący wątpliwości”² zaś wyraz „wyczerpujący” jako „przedstawiający jakieś zagadnienie wszechstronnie, dogłębnie, szczegółowo”, „gruntowny”, „dokładny” – przy czym pojęcia te (podobnie zwrot: „za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń”) powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie bez znaczenia dla rozumienia tych niedookreślonych pojęć jest też okoliczność, że są one adresowane przede wszystkim do profesjonalistów tj. podmiotów zdolnych wykonać opisane zamówienie. Wreszcie, wymaga podkreślenia, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania określone w ust. 1 leży zarówno w interesie zamawiającego (stwarza mu szansę otrzymania porównywalnych ofert), jak też wykonawców (pozwala im na zawarcie korzystnej umowy i jej wykonanie zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego).

3. Oprócz pozytywnych przesłanek określania sposobu opisu przedmiotu zamówienia, ustawodawca wprowadza przesłanki negatywne, stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać: w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2), przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne” czy inne równoznaczne wyrazy (ust. 3).
4. Zakaz, o którym mowa w pkt a zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.
5. Zakaz określony w pkt b zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskaże konkretny znak towarowy³, patent⁴, czy pochodze-

¹ Zob. R. Szostak: „Przegląd zmian w systemie zamówień publicznych”. Część II, Zamówienia Publiczne Doradca, Nr 3 z 2004 r. s.14–15.

² Słownik języka polskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN S.A., 1995.

³ Znakiem towarowym może być każde oznaczenie, które można przedstawić w sposób graficzny, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa (w szczególności wyraz, rysunek, kompozycja kolorystyczna itp.) – art. 120 i nast. ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.

⁴ Przez uzyskanie patentu nabywa się prawa wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej – art. 63 i nast. ustawy powołanej wyżej.

nie¹, a nie wchodzi w grę wyjątek związany ze specyfiką przedmiotu zamówienia lub z trudnością opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Podkreślić należy, że trudność opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń w przypadku wyjątku, o którym wyżej mowa, ma charakter subiektywny.

6. Poprawnym zwrotem precyzującym ustawowe określenie „inne równoznaczne wyrazy” jest np. zwrot „nie gorsze niż...”

Art. 30 [Stosowanie norm]

- 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane.**
 - 2. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane uwzględnia się:**
 - 1) europejskie aprobaty techniczne;
 - 2) wspólne specyfikacje techniczne;
 - 3) Polskie Normy przenoszące normy europejskie;
 - 4) normy państw członkowskich Unii Europejskiej przenoszące europejskie normy zharmonizowane;
 - 5) Polskie Normy wprowadzające normy międzynarodowe;
 - 6) Polskie Normy;
 - 7) polskie aprobaty techniczne.
 - 3. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane, europejskich aprobat technicznych lub wspólnych specyfikacji technicznych, jeżeli:**
 - 1) nie zawierają one żadnych wymagań dotyczących zapewnienia zgodności z wymaganiami zasadniczymi;
 - 2) ich stosowanie nakładałoby na zamawiającego obowiązek używania wyrobów niewspółdziałających z już stosowanymi urządzeniami lub
 - 3) ich stosowanie nie byłoby właściwe ze względu na innowacyjny charakter przedmiotu zamówienia.
 - 4. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.**
1. Pod rządami uzp w orzecznictwie i w piśmiennictwie podkreślano, że przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób maksymalnie zobiektywizowany.

¹ Oznaczenie słowne odnoszące się bezpośrednio lub pośrednio do nazwy miejsca, miejscowości, regionu lub kraju (teren), które identyfikują towar pochodzący z tego terenu jeżeli określona jakość, dobra opinia lub inne cechy towaru są przypisywane przede wszystkim pochodzeniu geograficznemu tego towaru – art. 174 i nast. ustawy powołanej wyżej.

Przepisy Pzp, w pełni zgodne z postanowieniami dyrektyw 92/50/EWG (art. 14), 93/36/EWG (art. 8) i 93/37/EWG (art.10), uwzględniają to wymaganie. Przepis ust. 1 nakłada na zamawiającego obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z uwzględnieniem Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Wykaz tych norm został ogłoszony w obwieszczeniu Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z 6 kwietnia 2004 r.¹

2. Przepis ust. 2 określa i wymienia cechy jakościowe i techniczne, które będą uwzględniane w przypadku braku Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Są to: europejskie aprobaty techniczne, wspólne specyfikacje techniczne, Polskie Normy przenoszące normy europejskie, normy państw członkowskich Unii Europejskiej przenoszące europejskie normy zharmonizowane, Polskie Normy wprowadzające normy międzynarodowe, Polskie Normy, polskie aprobaty techniczne.
3. „Normy europejskie” oznaczają normy przyjęte przez Europejski Komitet Standaryzacji (CEN) oraz Europejski Komitet Standaryzacji Elektrotechnicznej (CENELEC) jako „standarty europejskie (EN)” lub „dokumenty harmonizacyjne (HD)”². W przypadku sprzeczności między Polskimi Normami a normami europejskimi pierwszeństwo mają normy europejskie. Polska Norma (PN) jest normą krajową (przyjętą w drodze consensusu i zatwierdzoną przez krajową jednostkę normalizacyjną)³.
4. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane, europejskich aprobat technicznych lub wspólnych specyfikacji technicznych pod warunkiem, że: 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 (ust. 3). Odstępstwo od ustalonego w ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 obowiązku należy traktować jako wyjątek od zasady; wystarczy przy tym spełnienie choćby jednego z trzech wymagań określonych w ust. 3.
5. Novum ustawy stanowi przepis ust. 4, mocą którego wprowadzono obowiązek stosowania („stosuje się...”) do opisu przedmiotu zamówienia nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień. CPV jest systemem klasyfikacji produktów, usług i robót budowlanych stworzonych na potrzeby zamówień publicznych. Składa się ze słownika głównego oraz słownika uzupełniającego. Słownik główny obejmuje nazwy dostaw, robót budowlanych lub usług, którym

¹ M. P. Nr 17, poz. 297.

² Zob. Załącznik Nr 3 do dyrektywy Unii Europejskiej.

³ Zob. art. 5 ust. 1 ustawy z 12 września 2002 r. o normalizacji (Dz. U. Nr 169, poz.1386).

przypisane zostały określone 9-cyfrowe kody. Pierwsze dwie cyfry określają działy, pierwsze trzy cyfry określają grupy, pierwsze cztery cyfry określają klasy, pierwszych pięć cyfr określa kategorie. Ostatnia dziewiąta cyfra ma charakter kontrolny i służy do zweryfikowania prawidłowości poprzednich cyfr. Słownik uzupełniający może być stosowany w celu rozszerzenia opisu przedmiotu zamówienia. Słownik uzupełniający obejmuje kody alfanumeryczne składające się z litery oraz czterech cyfr. Przepis ten wszedł w życie 1 maja 2004 r. (art. 227 pkt 2 w związku z art. 30 ust. 4).

6. Tekst rozporządzenia Nr 2151/2003 z 16 grudnia 2003 r. zmieniające Rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) jest już dostępny w tłumaczeniu na język polski¹.

Art. 31 [Roboty budowlane]

- 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.**
 - 2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.**
 - 3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.**
 - 4. Minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:**
 - 1) dokumentacji projektowej;**
 - 2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych;**
 - 3) programu funkcjonalno-użytkowego****– mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.**
1. Według przepisu art. 2 pkt 8 przez roboty budowlane należy rozumieć: wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego² albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego,³ a także wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego⁴ przez osobę trzecią, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

¹ Zob. stronę internetową UZP.

² Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 ze zm.).

³ Tamże.

⁴ Tamże.

2. Definicji legalnej robót budowlanych podanej w powołanym wyżej przepisie nie należy utożsamiać z definicją robót budowlanych zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane. Według tego prawa bowiem przez roboty budowlane należy rozumieć budowę (wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego), a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie (wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym prac polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji...) lub rozbiórce obiektu budowlanego. Obiektem budowlanym zaś jest budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (obiekt budowlany trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni przegrodami budowlanymi, posiadający fundamenty i dach), budowla (każdy obiekt budowlany nie będący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak lotniska, drogi, linie kolejowe, mosty, wiadukty, tunele...), obiekt małej architektury (niewielkie obiekty kultu religijnego, jak: kapliczki, krzyże przydrożne, figury, a także posągi, wodotryski i inne obiekty architektury ogrodowej oraz użytkowe służące rekreacji i utrzymaniu porządku...).
3. W przypadku określonym w ust. 1 zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej i odbioru robót budowlanych; w przypadku określonym w ust. 2 za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, obejmującego opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Jeśli rzeczywistym wykonawcą robót budowlanych jest osoba trzecia, działająca (na podstawie umowy zawartej z wykonawcą, któremu udzielono zamówienia) w imieniu własnym ale na rzecz zamawiającego, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia bądź za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych i odbioru robót budowlanych, bądź też, jeżeli roboty są wykonywane zgodnie z dokumentacją projektową opracowaną przez wykonawcę robót, za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.
4. Prawo budowlane, a także Prawo zamówień publicznych nie określają szczegółowego zakresu „dokumentacji projektowej”, „specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych” i „programu funkcjonalno użytkowego”. Problematykę tę normuje rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w ust. 4 komentowanego artykułu¹.
5. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: projektu budowlanego w zakresie

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072.

uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, projektów wykonawczych, w zakresie o którym mowa w § 4, przedmiaru robót, w zakresie o którym mowa w § 5, informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów (§ 4 ust. 1).

6. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania, przedmiaru robót, w zakresie o którym mowa w § 5, projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami (§ 4 ust. 2). Projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności potrzebnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót (§ 5 ust. 1).
7. Przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, z wyczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych (§ 6 ust. 1). Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości materiałów oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót (§ 12). Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych (§ 15).
8. Zgodnie z regulacją zawartą w § 1 rozporządzenia przez roboty podstawowe należy rozumieć minimalny zakres prac, które po wykonaniu są możliwe do odebrania pod względem ilości i wymagań jakościowych oraz uwzględniają przyjęty stopień zagregowania robót, natomiast przez grupy, klasy i kategorie robót budowlanych należy rozumieć grupy, klasy, kategorie określone w CPV.

Art. 32 [Wartość zamówienia]

- 1. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.**
- 2. Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.**

3. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.
 4. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.
 5. Jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową.
1. Przepisy art. 32–35 regulują w sposób szczegółowy problematykę ustalenia wartości przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie takiej regulacji wynikało z dwóch powodów: z wadliwości dotychczasowych rozwiązań opartych na wykorzystaniu PKWiU do agregowania zamówień i ustalania w ten sposób ich wartości, i tym samym z konieczności wypracowania nowych rozwiązań – i co równie istotne – odpowiadających potrzebom systemu zamówień publicznych w nowej rzeczywistości związanej z wejściem Polski do Unii Europejskiej. Ustawodawca nie definiuje pojęcia „wartość zamówienia”, ograniczając się do wskazania podstawy jej ustalenia. Podstawę tę stanowi całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (VAT), ustalone przez zamawiającego z należytą starannością (art. 32 ust. 1).
 2. Pojęcie „całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy” nie zostało określone. Stosując metodę wykładni gramatycznej i logicznej należy przyjąć, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie, w oparciu o przygotowaną dokumentację, dokładnego szacunku całkowitego wynagrodzenia wykonawcy. Mogą tu mieć zastosowanie różne sposoby obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, oparte na przepisach art. 628 i nast. Kc w zw. z art. 14 Pzp, w tym w szczególności: wynagrodzenie kosztorysowe (stosowane w oparciu o opracowaną przez zamawiającego dokumentację projektową), wynagrodzenie ryczałtowe (jego istota wyraża się w tym, że wykonawca nie może żądać podwyższenia tego wynagrodzenia). Wynagrodzenie wykonawcy może być też ustalone przy zastosowaniu obu wymienionych wyżej sposobów (np. podstawę stanowi wynagrodzenie kosztorysowe, z tym że do niektórych pozycji stosuje się wynagrodzenie ryczałtowe).
 3. Ustalenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy powinno być dokonane z należytą starannością. W prawie cywilnym funkcjonuje pojęcie „należytę staranność” wymaganej od dłużnika. Jest on obowiązany do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej należytą staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 1 i 2 Kc). Definicja ta może być

przydatna w stosunkach związanych z zamówieniami publicznymi, przy uwzględnieniu specyfiki tych stosunków. W rozważanym przypadku należy jednak mieć na uwadze, że nie chodzi tu o należyta staranność wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (wykonawca jest obowiązany do należytej staranności w cywilistycznym rozumieniu tego pojęcia), lecz o należyta staranność zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i to w tym zakresie, który wiąże się z podstawą ustalenia wartości zamówienia. Uwzględniając różnice, o których mowa, wynikające z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej i jej celu, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się do wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej).

4. W ustawie utrzymany został dotychczasowy zakaz dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy oraz zaniżania wartości zamówienia, (ust. 2). *Lege non distinguente*, dzielenie zamówienia na części w innym celu, niż uniknięcie stosowania przepisów ustawy jest dopuszczalne. Podstawowe znaczenie ma w tym względzie regulacja zawarta w ust. 4. Przepis ten uprawnia do wniosku, że sens zakazu dzielenia zamówienia na części wyraża się w formule: zamawiający może dzielić, jeśli chce, zamówienie na części, ale z uwzględnieniem treści przepisu ust. 4.
5. Zakaz, o którym mowa wyżej, pozostaje w związku z ustalaniem wartości zamówienia. Naruszenie tego zakazu przez zamawiającego polega bądź na świadomym zaniżeniu wartości zamówienia, bądź na niewykazaniu należytej staranności w ustaleniu jego wartości. Zaniżanie wartości zamówienia stoi więc w sprzeczności z dwoma przepisami Pzp. Po pierwsze, jest uchybieniem zasadzie należytej staranności przy jego ustalaniu, po wtóre zaś może prowadzić do uniknięcia stosowania przepisów ustawy.
6. Przepis ust. 3 normuje kwestię wartości zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający, udzielając zamówienia podstawowego, przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7. Zamawiający może mianowicie udzielić zamówienia z wolnej ręki, po pierwsze – w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w SIWZ dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego (art. 67 ust.1 pkt 6), po drugie – w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień

uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorcze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w SIWZ dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego (art. 67 ust. 1 pkt 7). Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się wówczas zarówno wartość zamówienia podstawowego, jak i wartość zamówień uzupełniających. Wartość zamówień uzupełniających z racji tożsamości przedmiotu zamówienia z zamówieniem podstawowym powinna być przy tym określana w taki sam sposób jak wartość zamówienia podstawowego. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż w przypadku udzielania zamówienia uzupełniającego znajdują zastosowanie przepisy art. 35. Należy zwrócić szczególną uwagę na jedną z koniecznych przesłanek stosowania tej instytucji – udzielenie zamówień uzupełniających powinno być przez zamawiającego przewidywane już w chwili udzielania zamówienia podstawowego na usługi lub roboty budowlane, co wymaga stosownego uwzględnienia w SIWZ dla zamówienia podstawowego (art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7).

7. Przepis ust. 4 pozostaje w związku z uprawnieniem zamawiającego w przedmiocie dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych albo udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku skorzystania przez zamawiającego z powyższego uprawnienia, niezależnie od tego, którą z wskazanych wyżej możliwości wybierze – wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Podkreślenia wymaga, że jest to przepis wprowadzony dopiero w Pzp (w „starej” ustawie jego odpowiednika nie było).
8. Zamówienia publicznego może udzielić jednostka organizacyjna zamawiającego. Chodzi tu o zamawiającego, który – funkcjonując w złożonej strukturze organizacyjnej – a) wyodrębnił w ramach tej struktury jednostki organizacyjne, b) zapewnił każdej z nich uprawnienie do udzielania zamówień publicznych związanych z ich działalnością oraz – co szczególnie istotne – c) samodzielność finansową. Nie mamy w tym przypadku do czynienia z kreowaniem odrębnej kategorii zamawiających. Katalog zamawiających zawiera art. 3 ust. 1. W rozważanej sytuacji nie występuje jednostka organizacyjna jako samodzielny zamawiający, lecz jako jednostka organizacyjna zamawiającego. Zamawiającym pozostaje podmiot, ze struktury którego jednostka organizacyjna została wyodrębniona.
9. Za wyodrębnioną jednostkę organizacyjną zamawiającego należy uznać jednostkę wydzieloną organizacyjnie ze struktury zamawiającego, której: przekazano do dyspozycji środki służące realizacji jej zadań, przekazano uprawnienie do

zatrudniania pracowników, a tym samym posiadanie zdolności sądowej w tym zakresie, przyznano podmiotowość prawnopodatkową (uprawnia do tego przepis art. 7 § 2 Ordynacji podatkowej), czy też w aspekcie samodzielności finansowej zapewniono otwarcie odrębnego rachunku bankowego, odrębne prowadzenie księgi rachunkowej oraz sporządzanie bilansu. Wreszcie, o posiadaniu statusu wyodrębnionej jednostki organizacyjnej zamawiającego mogą wprost przesądzać przepisy aktów prawnych. Dla przykładu, stosownie do art. 6 pkt 7 ustawy Prawo geologiczne i górnicze¹ za wyodrębnioną jednostkę organizacyjną można uznać zakład górniczy. Zgodnie z definicją ustawową zawartą w tym przepisie przez zakład górniczy należy rozumieć wyodrębniony technicznie i organizacyjnie zespół środków służących bezpośrednio do wydobywania kopaliny ze złoża, w tym wyrobiska górnicze, obiekty budowlane oraz technologicznie związane z nimi obiekty i urządzenia przerobcze.

10. Druga z przesłanek, o których wyżej mowa, wyraża się w uprawnieniu wyodrębnionej jednostki organizacyjnej zamawiającego do udzielania zamówień publicznych związanych wyłącznie z jej własną działalnością, a tym samym realizacji celów wynikających z aktu o jej powołaniu (nie wchodzi tu w rachubę zamówienie związane z zadaniem powierzonym czy zleconym przez inną jednostkę organizacyjną zamawiającego). Trzecią i ostatnią z wymienionych wyżej przesłanek jest samodzielność finansowa jednostki organizacyjnej zamawiającego. Istota zagadnienia sprowadza się do tego, czy samodzielność finansowa jednostki ma mieć swe źródło w ustawie, czy też może być nim inny akt prawny lub umowa. Wobec tego, że pojęcie samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych, o których mowa, nie zostało zdefiniowane w obowiązujących przepisach, należy przyjąć – posiłkując się rozwiązaniami przyjętymi w odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego (zagwarantowano im odpowiednie zasoby finansowe umożliwiające realizację zadań i prawo dysponowania zgromadzonymi zasobami) – że wyznacznikiem samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych zamawiającego na gruncie art. 32 ust. 5 jest przyznane tym jednostkom prawo samodzielnego prowadzenia swej gospodarki finansowej w oparciu o akty wewnętrzne (np. statuty), w tym samodzielności w sferze: uchwalania planu finansowego i wydatkowania środków na realizowane przez jednostkę organizacyjną zadania. W przypadku udzielenia zamówienia przez jednostkę organizacyjną zamawiającego, o której wyżej mowa, wartość tego zamówienia, zgodnie z ust. 5, ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielonych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające również samodzielność finansową. Ratio legis tego przepisu wyraża się w stworzeniu jednostkom organizacyjnym zamawiającego, spełniającym wskazane wyżej przesłanki, prawnej możliwości racjonalnego udzielania zamówień o niewielkiej z reguły wartości przez uniknięcie sytuacji, w której jedna jednostka organizacyjna byłaby obowiązana brać pod uwagę zamówienia udzielane przez inne jednostki organizacyjne.

¹ Dz. U. z 1994 r. Nr 27, poz. 96 ze zm.

Art. 33 [Wartość zamówienia na roboty budowlane]

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

1. Podstawa ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane zależy od tego, czy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, czy też zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, przy czym w obu przypadkach chodzi o roboty budowlane w rozumieniu prawa budowlanego. W pierwszym przypadku podstawę ustalenia wartości robót budowlanych stanowią: kosztorys inwestorski sporządzony na etapie opracowania dokumentacji projektowej, albo planowane koszty robót budowlanych określone w programie funkcjonalno-użytkowym, w drugim natomiast planowane koszty prac projektowych, oraz planowane koszty robót budowlanych określone w programie funkcjonalno-użytkowym (ust. 1).
2. Przepis ust. 2 dotyczy sytuacji, gdy zamawiający dokonał określonych dostaw do dyspozycji wykonawcy w związku z wykonywaniem robót budowlanych. Chodzi tu o tzw. dostawy inwestorskie, tj. różnego rodzaju towary (produkty) przekazywane wykonawcy przez zamawiającego do dyspozycji i wykorzystania w toku wykonywania robót budowlanych. Wartość tych dostaw uwzględnia się przy obliczeniu wartości zamówienia na roboty budowlane.
3. Na podstawie delegacji ustawowej zawartej w ust. 3 Minister Infrastruktury wydał rozporządzenie w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego.

rysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym¹. Określa ono metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane, a także metody i podstawy obliczenia planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (§ 1 ust. 1). W rozporządzeniu zawarto również definicje legalne szeregu pojęć w nim użytych: ceny jednostkowej, jednostkowych nakładów rzeczowych, katalogów, kosztów pośrednich, prac projektowych, przedmiaru robót, robót podstawowych, wartości kosztorysowej robót i założeń wyjściowych do kosztorysowania (§ 1 ust. 2).

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

- 1. Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest, zgodnie z wyborem zamawiającego łączna wartość zamówień:**
 - 1) na usługi należące do tej samej kategorii lub dostawy należące do tej samej grupy określonej we Wspólnym Słowniku Zamówień, udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem albo**
 - 2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie, albo w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli jest on dłuższy niż 12 miesięcy.**
 - 2. Wybór podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.**
 - 3. Jeżeli zamówienia, o którym mowa w ust. 1, udziela się na czas nieoznaczony, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest wartość ustalona zgodnie z ust. 1, z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia.**
 - 4. Jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia.**
 - 5. Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji.**
-
1. Ustalenie wartości zamówienia na usługi lub dostawy jest dokonywane na podstawie określonej w art. 32. W komentowanym artykule została uregulowana w sposób szczególny podstawa ustalenia wartości zamówienia na usługi lub do-

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389.

stawy powtarzające się okresowo. Podstawę tę stanowi łączna wartość zamówień określona alternatywnie: na usługi należące do tej samej kategorii lub dostawy należące do tej samej grupy określonej w CPV, udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie, albo w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli jest on dłuższy niż 12 miesięcy (ust. 1 pkt 1 i 2).

2. Wybór jednej z dwóch podstaw, o których wyżej mowa, należy do zamawiającego, nie może być jednak dokonany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (ust. 2). Przepis ten ma szczególnie istotne praktyczne znaczenie. Wybór drugiego sposobu i ustalenie wartości zamówienia w oparciu o zamówienia przewidywane w nadchodzących 12 miesiącach zwalnia bowiem zamawiającego z obowiązku grupowania dostaw lub usług wg grup lub kategorii CPV.
3. Ustawa nie definiuje pojęcia „usługi lub dostawy powtarzające się okresowo”. Nie można go w każdym razie utożsamiać ze znanym prawu cywilnemu pojęciem „świadczeń okresowych” (także „świadczeń ciągłych”), użytym m.in. w art. 142 ust. 2, dotyczącym zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe. Różnica polega na tym, że „świadczenia okresowe” dotyczą świadczeń w ramach jednego stosunku zobowiązaniowego, natomiast określenie „dostawy oraz usługi powtarzające się okresowo” jest pojęciem szerszym, obejmującym z założenia więcej niż jeden stosunek zobowiązaniowy. Doktryna definiuje „świadczenia okresowe” jako świadczenia powtarzające się cyklicznie, w ściśle określonych, niekoniecznie jednakowych odstępach czasu, realizowane więcej niż jednokrotnie, tzn. w sposób powtarzalny. Pojedyncze świadczenie okresowe posiada co prawda samoistny charakter, jednak jest tylko jednym ze składników danego stosunku zobowiązaniowego, którego zakres wyznacza czas trwania tego stosunku. To odróżnia świadczenie okresowe od świadczenia jednorazowego rozłożonego na raty, w którego przypadku czynnik czasu nie ma wpływu na rozmiar świadczenia i którego zakres jest z góry określony, a poszczególne, świadczone sukcesywnie raty składają się na z góry określoną całość. Przy świadczeniach powtarzających się okresowo bardzo duże znaczenie ma fakt, iż istotną cechą tych świadczeń jest brak możliwości ich skumulowania i wykonania jednorazowo bez szkody dla zamierzonego efektu.
4. Jeśli dane zamówienie powtarza się co pewien czas i nie może być spełnione przez jednorazowe zachowanie się wykonawcy i dlatego realizowane jest w częściach, stosownie do aktualnych potrzeb powinno być uznane za świadczenie powtarzające się okresowo. W razie, gdy taka możliwość „skumulowania” poszczególnych części istnieje, nie należy ich traktować jako „dostaw lub usług

powtarzających się okresowo”, lecz jako zamówienie udzielane w częściach, przypominające świadczenie jednorazowe realizowane w ratach. Każda z tych części składa się bowiem na pewną, z góry określoną całość, którą będzie obiektywnie przewidywalny zakup danych dostaw lub usług w trakcie całego roku. Każdorazowy pojedynczy zakup nie jest „zamówieniem na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo”, lecz stanowi część całorocznego zamówienia. Przypadek taki powinien być traktowany jako udzielenie zamówienia w częściach. Ustalenia wartości takiego zamówienia należy dokonać przy zastosowaniu regulacji określonej w art. 32 ust. 4. Gdy zamawiający może z góry przewidzieć zakres całorocznych zakupów i możliwe jest jednorazowe ich nabycie, lecz z jakichś względów (np. organizacyjnych, technicznych, gospodarczych) dokonuje zakupów sukcesywnie – wartością każdorazowego zamówienia będzie przewidywana łączna wartość danych dostaw lub usług w całym roku. Zakres tych całorocznych zakupów powinien być ustalony przez zamawiającego na początku roku z należytą starannością, w oparciu o np. zamówienia na dane dostawy lub usługi dokonane w latach poprzednich. Do ustalenia wartości zamówienia w takim przypadku nie stosuje się sumowania według CPV.

5. Przy założeniu, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na początku roku i uczynił to z należytą starannością – w sytuacji, gdy w trakcie roku pojawi się nieprzewidziana wcześniej potrzeba dokonania zakupu jakiegoś artykułu lub usługi, będziemy mieli do czynienia z nowym, odrębnym zamówieniem, którego wartość należy obliczyć stosownie do jego zakresu. Prawdopodobnie podjętych decyzji należy uzależnić od tego, czy zamawiający dochował należytej staranności przy szacowaniu pierwszego zamówienia i dokonywać oceny pod kątem przepisu art. 32 ust. 2, zakazującego dzielenia zamówienia na części.
6. Warto zwrócić uwagę, że z sumowaniem dostaw w ramach danej grupy określonej w CPV i usług w ramach danej kategorii CPC stanowiącej Załącznik Nr 3 do CPV mamy do czynienia również w regulacji zawartej w art. 13. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia dla rozważanej problematyki, gdyż sumowanie, o którym mowa w tym ostatnim przepisie, jest dokonywane wyłącznie na potrzeby ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach. Oznacza to, że przepisy art. 13 i art. 34 regulują odrębne materie ustawowe.
7. Przepis ust. 3 normuje sytuację, w której zamówienia określonego w ust. 1 dokonuje się na czas nieoznaczony. W tej sytuacji podstawą ustalenia wartości zamówienia jest wartość ustalona zgodnie z ust. 1, z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia (okres stosowany w Unii Europejskiej).
8. Szczególnym rodzajem usług powtarzających się okresowo są usługi bankowe lub inne usługi finansowe. Świadczą je banki lub inne instytucje finansowe (nie będące bankami instytucje świadczące usługi parabankowe, a także inne podmioty, takie jak giełda, domy maklerskie, fundusze inwestycyjne, zakłady ubezpieczeniowe itp.). Według ust. 4, wartością zamówienia w przypadku tych usług

są pobierane przez banki lub inne instytucje finansowe opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. Nie stanowi natomiast wartości zamówienia np. wartość udzielonego kredytu.

9. Przepis ust. 5 dotyczy ustalenia wartości zamówienia w sytuacji, gdy zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji (np. wykonanie usługi najmu rzeczy ruchomej z opcją nabycia przedmiotu najmu). W tej sytuacji podstawą ustalenia wartości zamówienia jest największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Prawem takim jest np. możliwość odkupienia przedmiotu zamówienia po leasingu stanowiącym zasadniczy przedmiot zamówienia. Przewidziane prawo opcji trzeba przy tym rozróżniać od zamówienia uzupełniającego. Dla uznania zamówienia za uzupełniające niezbędne jest zachowanie tożsamości przedmiotu zamówienia z zamówieniem pierwotnym, a jego udzielenie jest możliwe dopiero po przeprowadzeniu odrębnego postępowania w trybie z wolnej ręki. Prawo opcji nie wymaga spełnienia takich warunków. Stwarza jedynie możliwości pozwalające zamawiającemu, po spełnieniu określonych warunków w ramach umowy która takie prawo przewiduje, na skorzystanie z przewidzianego w niej prawa.

Art. 35 [Ustalenie wartości zamówienia]

- 1. Ustalenie wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.**
 - 2. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.**
 - 3. Prezes Rady Ministrów co najmniej raz na dwa lata określi, w drodze rozporządzenia, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, uwzględniając średni kurs euro ogłaszany przez Narodowy Bank Polski w ciągu ostatnich 24 miesięcy.**
1. Ustalenie wartości zamówienia zamawiający powinien dokonać przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Może tego dokonać z określonym wyprzedzeniem czasowym w stosunku do dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawodawca uznał (ust. 1), że dopuszczalnym wyprzedzeniem jest: najwyżej 3 miesiące – jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, najwyżej 6 miesięcy – jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Zdecydowały o tym dwa równie istotne czynniki – przedmiot i wartość zamówienia. Ustalenie wartości zamówienia z uchybieniem przepisu ust. 1 jest naruszeniem ustawy, skutkującym możliwością wszczęcia postępowania protekcyjno-odwoławczego.

2. W razie zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane już ustalenie wartości zamówienia, zamawiający jest obowiązany, na co wskazują wyrazy „zamawiający (...) dokonuje” przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, do dokonania zmiany (czyli ponownego obliczenia) wartości zamówienia. Za okoliczności mające wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia należy przy tym uznać wszelkie okoliczności wynikające ze zmiany stanu faktycznego (np. zmiana cen), jak i prawnego (np. konieczność uwzględnienia nowych rozwiązań w przedmiocie zamówienia). Obowiązek zamawiającego w tym względzie stanowi novum ustawy. Jest to rozwiązanie doprecyzowujące materię przemilczaną w poprzednim stanie prawnym, nie wskazującym precyzyjnie na moment ustalenia wartości zamówienia.
3. Rozwiązanie przyjęte w ust. 3 jest wdrożeniem do polskiego systemu zamówień publicznych postanowień dyrektyw Unii Europejskiej, które przewidują stałe progi wyrażone w euro i walutach narodowych, których przeliczenia dokonuje się co dwa lata na podstawie średniego dziennego kursu walut w dwuletnim okresie, a następnie publikuje w Dzienniku Urzędowym UE (zob. dyrektywę 92/50/EWG (art. 7 ust. 8 lit. b) i dyrektywę 93/36/EWG (art. 5 ust. 1 lit. c).
4. Działając na podstawie upoważnienia zawartego w art. 35 ust. 3, Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych¹, które weszło w życie 12 marca 2004 r. Stosownie do § 1 tego rozporządzenia, średni kurs wynosi 4,0468 zł (obowiązuje nie dłużej niż do 12 marca 2006 r.).

Art. 36 [Treść SIWZ]

4. **Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:**
 - 1) **nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;**
 - 2) **tryb udzielenia zamówienia;**
 - 3) **opis przedmiotu zamówienia;**
 - 4) **opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;**
 - 5) **informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7;**
 - 6) **opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie;**
 - 7) **termin wykonania zamówienia;**
 - 8) **opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;**

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 40, poz. 356.

- 9) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - 10) informację o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, z podaniem adresu poczty elektronicznej lub strony internetowej zamawiającego, jeżeli zamawiający dopuszcza porozumiewanie się drogą elektroniczną;
 - 11) wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami;
 - 12) wymagania dotyczące wadium;
 - 13) termin związania ofertą;
 - 14) opis sposobu przygotowywania ofert;
 - 15) miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert;
 - 16) opis sposobu obliczenia ceny;
 - 17) informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą;
 - 18) opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert;
 - 19) informację o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
 - 20) wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
 - 21) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;
 - 22) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.
5. W postępowaniach, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, specyfikacja istotnych warunków zamówienia może nie zawierać informacji, o których mowa w ust. 1 pkt 12, 17, 19 i 20.
6. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.
7. Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.
1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i podstawowym dokumentem, na podstawie którego wykonawcy przygotowują oferty. Ustawa wprowadza obowiązek sporządzania SIWZ w postępowaniach prowadzonych w obu trybach przetargowych (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony), w obu trybach negocjacyjnych (negocjacje z ogłoszeniem, negocjacje bez ogłoszenia) i w trybie zapytania o cenę.

2. Charakter SIWZ wynika przede wszystkim z nazwy, ale także z istoty tego dokumentu. Etymologicznie „specyfikacja” oznacza wyliczenie (w sensie „wymienienie”) szczegółów na które trzeba zwrócić uwagę, opracowanie szczegółów, szczegółowy wykaz. W rozważanym przypadku chodzi o szczegółowe opracowanie (szczeǳółowy wykaz) istotnych warunków zamówienia, których spełnienia zamawiający oczekuje od wykonawców (potencjalnych oferentów) w składanych przez nich ofertach (zob. art. 82 ust. 3).
3. SIWZ sporządza zamawiający. Stanowi ona praktycznie drugą po ogłoszeniu o zamówieniu istotną czynność zamawiającego. Sporządza się ją w formie pisemnej. Ze względu na charakter tej czynności oraz jej znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby wskazane, aby oryginał SIWZ był podpisany przez kierownika zamawiającego lub osobę, której zgodnie z art. 18 powierzono określone czynności związane z przygotowaniem postępowania. SIWZ nie jest czynnością prawną, lecz dokumentem o charakterze technicznym. Stanowi szczeǳółowy wykaz istotnych warunków zamówienia, które potencjalny wykonawca powinien spełnić w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by złożyć ważną ofertę. Dopiero oferta jest czynnością cywilnoprawną, której niezbędną część składową stanowi oświadczenie woli. Minimum, jakie powinna zawierać SIWZ („zawiera co najmniej”) określa ustawa (art. 36 ust. 1, z wyjątkiem podanym w ust. 2). Zamawiający może zatem wymienić w niej dalsze wymagania, jednakże pod warunkiem, że będą to wymagania istotne.
4. W SIWZ zamawiający powinien podać nie tylko swą nazwę (firmę) i dokładny adres, lecz również (choć nie wynika to z ustawy) dalsze dane – numery telefonów, numer faksu, poczty elektronicznej, strony internetowej i ewentualne inne informacje. Obowiązek wskazania w SIWZ trybu udzielenia zamówienia jest istotny nie tylko dlatego, iż jest to wymaganie ustawy. W zależności od trybu, w którym będzie się toczyć postępowanie o udzielenie zamówienia pozostaje termin sporządzenia specyfikacji i jej zawartość. Np. w przetargu nieograniczonym zamawiający jest obowiązany sporządzić SIWZ przed rozpoczęciem postępowania i zawrzeć w niej wszystkie informacje określone w ust. 1 komentowanego artykułu, z wyjątkiem wskazanym w ust. 2, natomiast w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem – dopiero przed zaproszeniem zakwalifikowanych wykonawców do negocjacji. Jest zatem rzeczą zamawiającego każdorazowe uwzględnienie wymagań ustawowych związanych ze wskazaniem trybu udzielenia zamówienia.
5. Zamawiający powinien opisać w SIWZ przedmiot zamówienia w sposób określony przepisami art. 29–30 ustawy, a w przypadku gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, stosownie do przepisów art. 31. Szczególną uwagę powinien zwrócić na obowiązki wynikające z przepisów art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1–4, a także na dokumentację zamówienia na roboty budowlane (art. 31 ust. 1–3), stanowiącą podstawę opisu przedmiotu zamówienia (zob. komentarz do powołanych wyżej przepisów).

6. Dopuszczenie składania ofert częściowych, możliwe w przypadku, gdy przedmiot zamówienia jest podzielny jest uprawnieniem zamawiającego. Definicję świadczenia podzielnego zawiera przepis art. 379 § 2 Kc, według którego świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Przepis ten ma zastosowanie na podstawie art. 14 Pzp. Warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest dopuszczenie tej możliwości w SIWZ (art. 83 ust. 2). Dopuszczając tę możliwość, zamawiający jest obowiązany szczegółowo opisać te części. Jest też uprawniony określić według swego uznania maksymalną liczbę części zamówienia, na które jeden wykonawca może złożyć oferty częściowe. Stosownie do art. 2 pkt 6 przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia publicznego.
7. Przewidując możliwość zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 zamawiający jest obowiązany dać wyraz tym przewidywaniom w SIWZ. Zamieszczenie informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających jest warunkiem sine qua non ich udzielenia. Dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę oferty wariantowej, której legalna definicja została zawarta w art. 2 pkt 7 Pzp¹ jest uprawnieniem zamawiającego. Jest on obowiązany, jeżeli zamierza skorzystać z tego uprawnienia, dać temu wyraz w specyfikacji, a także opisać w niej sposób przedstawienia ofert wariantowych oraz podać minimalne warunki, jakim muszą one odpowiadać. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy cena jest tylko jednym z kryteriów oceny ofert.
8. W ust. 1 pkt 7 użyto określenia „termin wykonania zamówienia”, który zamawiający jest obowiązany wskazać w SIWZ. Wobec tego, że zamówienie jest umową, chodzi w samej rzeczy o wskazanie terminu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazując w specyfikacji termin wykonania umowy, zamawiający powinien mieć na uwadze przepisy Pzp traktujące o umowach w sprawach zamówień publicznych, w szczególności zaś art. 142 i art. 143 wprowadzające ograniczenia zarówno co do czasu, na jaki mogą być zawarte (art. 142 ust. 1 i 2), przedmiotu umowy (art. 142 ust. 2 i art. 143 ust. 1), jak też dodatkowych wymagań w tym zakresie (art. 142 ust. 2 i 3). Ograniczenia, o których wyżej mowa, wyrażają się w przyjęciu zasady, że umowy w sprawach zamówień publicznych powinny być zawierane na czas oznaczony, nie dłuższy niż 3 lata (możliwość zawarcia umowy na czas oznaczony, dłuższy niż 3 lata, a także na czas nieoznaczony – jest wyjątkiem od zasady). Zastosowanie wyjątku od zasady jest uwarunkowane przede wszystkim przedmiotem zamówienia, a w przypadku umów, których przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe – zgodą Prezesa Urzędu udzieloną przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

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

9. Zamawiający jest obowiązany do opisanego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Warunki, o których mowa, powinny być przez zamawiającego określone jednoznacznie, przy użyciu sformułowań, które pozwolą wykonawcy przystępującemu do postępowania o udzielenie zamówienia na przekonanie, że może je spełnić. Są to warunki podmiotowe i określając je zamawiający ma z jednej strony swobodę ich precyzowania, z drugiej zaś podlega pewnym ograniczeniom. Po pierwsze, warunki te nie mogą wykraczać poza regulacje ustawowe, w szczególności regulacje zawarte w Pzp i w aktach wykonawczych do tej ustawy, zwłaszcza w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹. Po drugie, warunki te powinny być dostosowane do wielkości, a także charakteru (stopnia skomplikowania) zamówienia i sytuacji na rynku, także w aspekcie uczciwej konkurencji. Wreszcie, zamawiający powinien mieć na uwadze, że chodzi tu o warunki, które nie podlegają zmianom w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku oprostowania postanowień SIWZ w tym zakresie, zaistnieje konieczność unieważnienia tego postępowania.
10. W SIWZ powinna zostać zawarta informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów (ust. 1 pkt 10 komentowanego artykułu). Dopuszczając porozumiewanie się drogą elektroniczną i podając adres swej poczty elektronicznej lub strony internetowej, zamawiający powinien mieć też na uwadze zarówno zasadę pisemności postępowania (art. 9 ust. 1), jak i regulacje zawarte w przepisach art. 27 i art. 28. Zamawiający obowiązany jest także wskazać osoby uprawnione do porozumiewania się z wykonawcami.
11. Przepis ust. 1 pkt 12 komentowanego artykułu stanowi, że w SIWZ powinny być określone wymagania dotyczące wadium. Wymagania te ograniczają się w zasadzie do: wskazania przez zamawiającego wysokości wadium oraz określenia sposobu jego wniesienia. Wniesienie wadium może być obligatoryjne (w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli wartość przedmiotu zamówienia przekracza równowartość w złotych kwoty 60 000 euro) lub na żądanie zamawiającego (w pozostałych przypadkach), z tym że w postępowaniach prowadzonych w trybie zapytania o cenę i zamówienia z wolnej ręki obowiązuje ustawowy zakaz żądania wniesienia wadium. Wysokość wadium wskazuje zamawiający. Nie może ona przekroczyć wielkości określonej ustawą (od 0,5 do 3% wartości zamówienia). Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, w jednej lub kilku z pięciu form określonych w art. 45 ust. 6 (zob. komentarz do tego artykułu).

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645.

12. W SIWZ należy wskazać termin związania ofertą. Określenie tego terminu jest uprawnieniem zamawiającego. Jest on jednak obowiązany uwzględnić terminy określone w art. 85. Opis sposobu przygotowania ofert ma na celu przekazanie wykonawcom informacji niezbędnych do przygotowania ofert poprawnych formalnie i odpowiadających optymalnie wymaganiom zamawiającego. Poza informacjami o charakterze stricte formalnym, dotyczącymi samego sposobu sporządzenia oferty (wykorzystanie dołączonego do SIWZ formularza oferty) oraz formy dokumentów potwierdzających wiarygodność wykonawcy, ponumerowania stron, parafowania naniesionych zmian, czy opakowania oferty (w tym odrębnego opakowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa), powinny to być informacje w przedmiocie konieczności zachowania pisemnej formy oferty i załączników, złożenia jednej oferty, języka, w jakim oferta powinna być sporządzona, ilości egzemplarzy oferty, a także możliwości dokonania zmian w ofercie i jej cofnięcia. Zamawiający określając sposób przygotowania ofert powinien jednak uwzględniać konsekwencje przepisów art. 82 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2, zgodnie z którymi niedochowanie przez wykonawcę wymogów „techniczno – redakcyjnych” oferty nie może stanowić podstawy jej odrzucenia. W SIWZ powinny być podane dokładne dane dotyczące miejsca i terminu składania i otwarcia ofert. Zamawiający jest związany w tym względzie ustawowymi regulacjami, dotyczy to zwłaszcza przestrzegania terminu otwarcia ofert.
13. W opisie sposobu obliczenia ceny zamawiający jest obowiązany określić swoje wymagania, najlepiej przez wskazanie kolejnych kroków, jakie powinien wykonać wykonawca, aby ostatecznie otrzymać cenę oferty (brutto – zob. art. 2 pkt 1). Powinien w szczególności wskazać sposób kalkulacji ceny. Opis może przybrać formę tzw. formularza cenowego.
14. Informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 17 komentowanego artykułu powinna wyrażać się w podaniu przez zamawiającego do wiadomości czy w ogóle, a jeśli tak, to jakie rozliczenia związane z wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego będą prowadzone w walutach obcych.
15. Jednym z najbardziej istotnych elementów SIWZ, obok opisu przedmiotu zamówienia, jest opis kryteriów oceny ofert, podanie ich znaczenia (wagi) oraz sposobu oceny ofert (ust. 1 pkt 18). Ich dokładne przemyślenie i opisanie, zwłaszcza gdy zamawiający wprowadza oprócz ceny, stanowiącej kryterium obligatoryjne, inne kryteria przedmiotowe, a także właściwe określenie znaczenia (wagi) każdego z nich oraz sposobu oceny ofert – zdecydowanie ułatwia wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie może przy tym ograniczyć się do przytoczenia nazw poszczególnych kryteriów przedmiotowych. Każde z nich powinno być szczegółowo opisane, w razie potrzeby podzielone na mniejsze elementy (nazywane „podkryteriami”). Wskazane jest też, chociaż nie zawsze możliwe, przedstawianie kryteriów w postaci wzorów matematycznych. Określenie ilości kryteriów oceny ofert i przypisanie każdemu z nich stosownej wagi (znaczenia) zależy od uznania zamawiającego.

16. Sposób oceny ofert w oparciu o przyjęte kryteria powinien być opisany równie precyzyjnie, jak same kryteria, szczególnie gdy zostały podzielone na mniejsze elementy (w tym przypadku ilość punktów za kryterium jest sumą punktów za te elementy). Ocena oferty jest tym bardziej obiektywna, im mniej jest kryteriów niemierzalnych (stwarzających możliwość dowolności oceny) i im precyzyjniejszy jest opis sposobu dokonania oceny ofert. Zamawiający powinien mieć przy tym na uwadze ustawowy zakaz wprowadzania kryteriów podmiotowych (art. 91 ust. 3), a także niemożność ich zmiany w toku postępowania. Konieczne jest rozróżnienie dwóch instytucji prawnych – warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków oraz kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert (w praktyce zamawiający i wykonawcy nadal jeszcze myślą te instytucje).
17. Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy powinny obejmować przede wszystkim kwestie związane z samym zawarciem umowy, (m.in. wskazanie osób reprezentujących strony umowy, banków, w których strony umowy posiadają swe rachunki bankowe, określenie ilości egzemplarzy umowy), jak również z wykonaniem umowy (harmonogram wykonania umowy). Zamawiający jest obowiązany wskazać też wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powinny one dotyczyć podstawowych spraw związanych z wykorzystaniem tej instytucji prawnej – wysokości zabezpieczenia, możliwości częściowego wniesienia zabezpieczenia, terminu wniesienia zabezpieczenia, zaliczenia wadium na poczet zabezpieczenia, formy zabezpieczenia, dopuszczenia zmiany formy zabezpieczenia w trakcie wykonywania umowy, sposobu przechowywania zabezpieczenia, sposobu zwrotu zabezpieczenia itp. Instytucję zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego regulują przepisy art. 147–149.
18. Kolejnym elementem SIWZ wymagającym szczególnej uwagi zamawiającego przy jej opracowywaniu jest sprecyzowanie istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego lub ustalenie ogólnych warunków umowy albo wzoru (wzorca) umowy w rozumieniu art. 384 § 1 Kc. Istotnymi postanowieniami umowy są te postanowienia (określane jako elementy przedmiotowo istotne – essentialia negotii), które określają cechy konstytutywne takiej umowy, jej istotną treść. Np. w umowie dostawy będą to postanowienia określające przedmiot dostawy (świadczenie dostawcy) i cenę (świadczenie zamawiającego). Należy pamiętać, że umowy w sprawach zamówień publicznych są umowami wzajemnymi. W przypadku tych umów obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem drugiej (487 § 2 Kc). Są to umowy odpłatne i właśnie ten istotny element (odpłatność) decyduje o takim ich charakterze. Rozwiązaniem niewątpliwie optymalnym jest opracowanie przez zamawiającego konkretnego projektu umowy, w pełni uwzględniającego jego uzasadnione potrzeby. Zawarcie takiej właśnie umowy jest przecież celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

19. SIWZ powinna spełniać wszystkie wymagania określone w ust. 1 w każdym postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro. W postępowaniach, w których wartość zamówienia kwoty tej nie przekracza SIWZ może nie zawierać informacji dotyczących wymagań odnośnie wadium (pkt 12), walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą (pkt 17), formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy (pkt 19) oraz wymagań odnośnie do zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt 20). Ograniczenie wymagań, o którym mowa, jest konsekwencją przyznania zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość nie przekracza 60 000 euro, uprawnień decyzyjnych w szeregu kwestiach związanych z tym postępowaniem (np. w kwestii żądania od wykonawcy wniesienia wadium).
20. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z jednym wykonawcą, z zasady z tym, który złożył ofertę najkorzystniejszą (wyjątek od zasady określa art. 94 ust. 2). Z istoty tego postępowania wydaje się też wynikać, że wybrany wykonawca wykona zamówienie własnymi siłami. Korzystanie przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia z osób trzecich (przedsiębiorców – podwykonawców) jest odstępstwem od zasady. Odstępstwo to powinno być podyktowane szczególnymi względami, przede wszystkim z uwagi na przedmiot zamówienia (z reguły roboty budowlane), jego znaczną wartość i stosunkowo krótki termin wykonania zamówienia. Dla zamawiającego nie jest bez znaczenia, czy zamówienie zostanie wykonane własnymi siłami wykonawcy (zasada), czy też z odstępstwem od tej zasady, stąd jest on uprawniony do określenia w SIWZ tej części zamówienia, która nie może być powierzona podwykonawcom, ergo – powinna być wykonana własnymi siłami wykonawcy (ust. 4). Co do pozostałej części zamówienia, obowiązkiem zamawiającego jest żądanie wskazania przez wykonawcę w ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Art. 37 [Przekazanie SIWZ]

Specyfikację istotnych warunków zamówienia przekazuje się nieodpłatnie, z zastrzeżeniem art. 42 ust. 2.

1. Przekazanie SIWZ wykonawcy powinno nastąpić nieodpłatnie. Zamawiający może żądać od wykonawcy pokrycia odpowiednio skalkulowanego kosztu druku przekazywanego egzemplarza specyfikacji oraz kosztu jego przekazania (jeżeli przekazanie następuje pocztą, będzie to koszt opłaty pocztowej).
2. Przepis art. 42 ust. 2, przewidujący przekazanie wykonawcy SIWZ za cenę równą kosztom jej druku i przekazania, a więc odpłatnie, jest wyjątkiem od zasady

określonej w komentowanym artykule. Ma on zastosowanie, za czym przemawia wykładnia systemowa, tylko w przetargu nieograniczonym.

3. Przepis omawianego artykułu nie wskazuje na żaden konkretny sposób przekazania SIWZ wykonawcy. Określenia sposobu uzyskania specyfikacji dotyczą przepisy odnoszące się do poszczególnych trybów udzielenia zamówienia (art. 41 pkt 3, art. 51 ust. 4, art. 57 ust. 4, art. 64 ust. 3, art. 71 ust. 2.).

Art. 38 [Wyjaśnianie treści SIWZ]

1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, chyba że prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert.
2. Zamawiający jednocześnie przekazuje treść wyjaśnienia wszystkim wykonawcom, którym doręczono specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania.
3. Zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; w takim przypadku sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu zapytania o wyjaśnienie treści specyfikacji oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania doręcza się niezwłocznie wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia.
4. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie, przed upływem terminu do składania ofert, zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację przekazuje się niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia.
5. Modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, z zastrzeżeniem art. 58, a także warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.
6. Zamawiający przedłuża termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem ust. 7. O przedłużeniu terminu składania ofert zamawiający niezwłocznie zawiadamia wszystkich wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia.
7. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a na dostawy lub usługi – 130 000 euro, czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach wynosi co najmniej 7 dni.

1. Przepisy art. 38 regulują kilka kwestii związanych z treścią SIWZ, a mianowicie wyjaśniania treści SIWZ, zebrania wykonawców (w celu wyjaśnienia wątpliwości co do treści SIWZ), modyfikacji treści SIWZ, przedłużenia terminu składania ofert (w związku z modyfikacją treści SIWZ).
2. Żądanie od zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści SIWZ jest uprawnieniem wykonawcy. Powinno ono mieć formę „wniosku” przekazywanego zamawiającemu na zasadach określonych w art. 27 ust. 2 lub w art. 28 ust. 2 (w zależności od wartości przedmiotu zamówienia). W przypadku stosowania art. 27 ust. 2, do rozważenia pozostaje problem rozumienia zwrotu „niezwłocznie potwierdzona pisemnie”. Wydaje się do przyjęcia rozwiązanie, że co do zasady potwierdzenie pisemne powinno być nadane (wyekspediowane) do zamawiającego nie później niż następnego dnia roboczego po przekazaniu treści wniosku za pomocą np. teleksu czy telefaksu (zob. tezy do art. 27 ust. 2). Brak niezwłocznego potwierdzenia pisemnego czyni bezskutecznym wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji. Zamawiający może odmówić prośbie wykonawcy tylko wtedy, gdy wpłynęła do niego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert.
3. Udzielenie wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści SIWZ jest obowiązkiem zamawiającego, chyba, że prośba o wyjaśnienie wpłynęła do niego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert. Wyjaśnienie powinno stanowić wyczerpującą odpowiedź na zapytanie wykonawcy i być udzielone niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki, możliwie najszybciej). Treść wyjaśnień udzielonych wykonawcy zamawiający jest obowiązany przekazać wykonawcom, którym przekazano SIWZ, bez ujawniania źródła zapytania. Wyjaśnienie treści SIWZ bądź jego brak jest czynnością lub zaniechaniem zamawiającego, wobec których wykonawca może wnieść protest.
4. Zwołanie zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści SIWZ jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Z zebrania wykonawców zamawiający sporządza pisemną informację zawierającą zgłoszone na zebraniu zapytania o wyjaśnienie treści SIWZ oraz udzielone na nie odpowiedzi, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania zamawiający doręcza niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, także tym, którzy byli obecni na zebraniu.
5. Zamawiający może dokonać modyfikacji treści SIWZ. Możliwość modyfikacji podlega jednak ograniczeniom co do okoliczności (szczególnie uzasadnione przypadki), czasu (przed upływem terminu do składania ofert), zakresu (nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, w tym znaczeń kryteriów i sposobu oceny ofert, a także warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełnienia tych warunków). Zakaz modyfikacji treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert nie dotyczy sytuacji, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem zamawiający po przeprowadzeniu negocjacji, a przed zaproszeniem do składania ofert, zmienia w wyniku negocjacji wymagania technicz-

ne i jakościowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Zakaz wprowadzania zmian SIWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, w tym znaczeń kryteriów i sposobu oceny ofert, a także warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia ma zastosowanie we wszelkich pozostałych sytuacjach, włącznie z rozstrzygnięciem protestów. Jeśli w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu okaże się iż wspomniane warunki lub kryteria były niezgodne z prawem, zamawiający powinien unieważnić postępowanie. Modyfikację SIWZ zamawiający jest obowiązany przekazać wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ.

6. Konsekwencją modyfikacji treści SIWZ przez zamawiającego jest jego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z tej modyfikacji oraz zawiadomienia o tym przedłużeniu terminu wszystkich wykonawców, którym przekazano SIWZ. W zawiadomieniu zamawiający oznacza czas (ilość dni), o który przedłuża termin składania ofert. Obowiązek zamawiającego dotyczący przedłużenia terminu składania ofert w przypadku modyfikacji SIWZ wynika z ust. 6 (zamawiający „przedłuża”). Użyte w tym przepisie pojęcie „czasu niezbędnego” do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z modyfikacji treści SIWZ wymaga, jak każde pojęcie niedookreślone, zastosowania odpowiedniej wykładni. W rozważanym przypadku odpowiednią wydaje się przede wszystkim metoda wykładni logicznej. Jeżeli bowiem ustawodawca uznał, że przy robotach budowlanych o wartości zamówienia przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a przy dostawach i usługach – odpowiednio 130 000 euro, czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach wynosi co najmniej 7 dni (ust. 7), to w przypadku robót budowlanych, dostaw lub usług o niższej wartości zamówienia czas niezbędny do wprowadzenia w ofertach zmian związanych z modyfikacją treści SIWZ może być odpowiednio krótszy, w granicach od 2 (rozsądne minimum) do 7 dni. Rodzaj i wartość przedmiotu zamówienia (wymienione w ust. 7) nie powinny jednak stanowić wyłącznych przesłanek określenia „czasu niezbędnego”, mogą bowiem zaistnieć także inne istotne przesłanki (okoliczności), które wymagają rozważenia przez zamawiającego w toku postępowania. Nie mogą być zatem pominięte przy ocenie „czasu niezbędnego”, w szczególności czy ma to być czas zbliżony do „rozsądnego minimum”, czy też czas odpowiednio dłuższy. Znaczne przekraczanie okresu 7 dni, o którym mowa w ust. 7, zważywszy choćby na zasadę sprawności postępowania, powinno być wyjątkiem.

Rozdział 3 Tryby udzielania zamówień

Oddział 1 Przetarg nieograniczony

Art. 39 [Definicja]

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

1. Przetarg nieograniczony jest podstawową (por. komentarz do art. 10) otwartą procedurą udzielania zamówień publicznych. W tym trybie zamawiający publicznie ogłasza o podjęciu procedury, przy czym ogłoszenie nie ma zindywidualizowanych adresatów. Innymi słowy kierowane jest ono ad incertam personam. W odpowiedzi na ogłoszenie oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Złożenia ofert nie poprzedza jakakolwiek wcześniejsza procedura kwalifikacji podmiotów zainteresowanych zamówieniem. Krąg wykonawców jest nieograniczony, choć należy pamiętać, że zawężenie tego kręgu jest możliwe, a nawet nieodzowne, ze względu na treść art. 22. Ogłoszenie jest publiczne, gdy zostało oznajmione w sposób gwarantujący powszechny dostęp do informacji o podjęciu procedury zamówieniowej. Sposób upubliczniania ogłoszeń reguluje art. 11. Istotne znaczenie w tej materii ma również treść art. 40.
2. Przetarg nieograniczony ma odrębną regulację prawną w Pzp i różni się od aukcji i przetargu regulowanych w Kodeksie cywilnym. Ten sposób zawarcia umowy uregulowano w art. 701 i nast. Kodeksu cywilnego. Do przetargu nieograniczonego (podobnie ograniczonego) przepisów Kodeksu cywilnego z zasady nie stosuje się (w myśl reguły *lex specialis derogat legi generali*). W omawianym zakresie nie znajdują zastosowania przepisy art. 701- 703 Kc i przepis art. 705 Kc. Uprawniony wydaje się natomiast pogląd, że stosuje się w tej materii art. 704 Kc (por. komentarz do art. 46 i 139 ust. 1).

Art. 40 [Wszczęcie postępowania]

1. **Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej, jeżeli posiada taką stronę.**
2. **Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Prezesowi Urzędu.**

3. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a na dostawy lub usługi – 130 000 euro, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu również Prezesowi Urzędu.
4. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a na dostawy lub usługi – 5 000 000 euro, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu również w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.
5. Zamawiający może opublikować ogłoszenie o zamówieniu również w inny sposób.
6. Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób:
 - 1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
 - 2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
 - 3) zawiera informację o dniu jego przekazania Prezesowi Urzędu, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
1. Przepis ust. 1 konkretyzuje obowiązki zamawiającego związane z podjęciem procedury w trybie przetargu nieograniczonego. Postępowanie to zostaje podjęte z chwilą zamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie oraz na własnej stronie internetowej, jeśli posiada taką stronę. Prawodawca operuje pojęciem „wszczęcie postępowania”. Ustalenie zakresu znaczeniowego terminu „wszczęcie postępowania” ma znaczną doniosłość, bowiem ogłoszenie jest pierwszą czynnością w postępowaniu. Czynność ta może zostać oprotestowana w trybie przewidzianym w art. 180. Pojęcie „wszczęcie postępowania” występuje także w art. 35, art. 138 ust. 2 i art. 220. Za datę wszczęcia postępowania przyjmuje się w postępowaniach z ogłoszeniem datę zamieszczenia ogłoszenia, które pojawi się jako pierwsze. Najczęściej będzie to ogłoszenie na tablicy ogłoszeń, bo można je zamieścić po przekazaniu do publikacji w BZP, a nie zamieszczeniu tam ogłoszenia. Od „wszczęcia postępowania” w tym znaczeniu należy odróżnić akt woli zamawiającego, w którym decyduje on o podjęciu postępowania. „Decyzja o wszczęciu postępowania” ma istotne skutki prawne tylko w przypadku postępowań prowadzonych na zasadach szczególnych. W niektórych postępowaniach wszczynają się je poprzez zaproszenie (np. art. 71 ust. 1).

2. Przepis ust. 1 dotyczy zamówień, których wartość w złotych nie przekracza równowartości 60 000 euro. W takich przypadkach zamawiający może poprzestać na ogłoszeniu o zamówieniu w miejscu powszechnie dostępnym w swojej siedzibie. Nie ma obowiązku przekazywania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi UZP. Miejsce to musi być dostępne nie tylko dla pracowników zamawiającego, ale dla osób trzecich. W komentowanym przepisie posłużono się pojęciem siedziby. Siedzibę osoby prawnej ustala się na podstawie ustawy lub opartego na niej statutu. Jeżeli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowią inaczej, siedzibą osoby prawnej jest miejscowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający (art. 41 Kc). Użycie pojęcia „siedziby” wskazuje, że zamawiający może zamieścić ogłoszenie o przetargu tak w lokalu, w którym koncentrują się interesy zamawiającego, jak i poza tym lokalem. Istotne jest to, aby ogłoszenie zamieszczono w lokalach (budynkach) powszechnie dostępnych, położonych w miejscowości, w której znajduje się siedziba zamawiającego np. w budynkach administracji samorządowej, administracji państwowej etc.
3. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie i na własnej stronie internetowej (jeżeli zamawiający posiada taką stronę) realizuje się kumulatywnie. Mając własną stronę internetową zamawiający nie może poniechać zamieszczenia ogłoszenia w tej formie. Posiadanie własnej „strony internetowej” przez zamawiającego można zdefiniować jako posiadanie na własnym lub wynajętym serwerze serwisu internetowego w standardzie www.
4. Gdy wartość zamówienia jest wyższa od wyrażonej w złotych równowartości 60 000 euro obligatoryjne ogłoszenie musi być poprzedzone czynnościami wskazanymi w art. 40 ust. 2. W takim bowiem przypadku zamawiający ma obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi Urzędu (art. 40 ust. 2). Przez „przekazanie” należy rozumieć doręczenie dokonane w sposób, o którym mowa w art. 27 i art. 28. Gdy natomiast wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza równowartość 5 000 000 euro, a w przypadku dostaw lub usług 130 000 euro zamawiający ma obowiązek przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz Prezesowi Urzędu (art. 40 ust. 3). Prawodawca wymaga, aby ogłoszenie w pierwszej kolejności przekazano Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, a następnie (niezwłocznie) Prezesowi UZP. W art. 40 ust. 3 zastosowano identyczną konstrukcję, jak w art. 13 ust. 2. Równoczesne przekazanie ogłoszeń UOPWE i Prezesowi Urzędu nie stanowi takiego naruszenia, które uzasadniałoby przyjęcie przez zamawiającego protestu. Tak w art. 13 ust. 2, jak i art. 40 ust. 3 mowa jest o przekazaniu, nie zaś doręczeniu ogłoszenia. Ogłoszeniom poświęcone są przepisy Rozdziału 3 Działu I (por. komentarz do art. 11–13).
5. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane przenosi wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 5 000 000 euro, zamawiający ma obowiązek opublikowania ogłoszenia również w dzienniku lub

czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim. Ogłoszenie to nie powinno ukazać się przed jego przekazaniem do publikacji w OJ i BZP. Pojęcie dziennika zdefiniowano w art. 7 ust. 1 pkt (2) ustawy Prawo prasowe¹. Dziennikiem jest ogólnoinformacyjny druk periodyczny lub przekaz za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu, ukazujący się częściej niż raz w tygodniu. Definicję czasopisma zawiera art. 7 ust. 1 pkt (3) Prawa prasowego. Czasopismem jest druk periodyczny ukazujący się nie częściej niż raz w tygodniu, a nie rzadziej niż raz w roku; przepis ten stosuje się odpowiednio do przekazu za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu innego niż określony w art. 7 ust. 1 pkt (2) Prawa prasowego. Dzienniki lub czasopisma o zasięgu ogólnopolskim to druki dystrybuowane na terenie całego kraju. Przekaz za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu to taki przekaz, który jest emitowany na terenie całego kraju. O wyborze dziennika lub czasopisma decyduje zamawiający. Może on zamieścić ogłoszenie tylko w dzienniku, tylko w czasopiśmie, jak i w dzienniku i czasopiśmie, bowiem w art. 40 ust. 4 użyto funktora alternatywy nierozłącznej „lub”. Zamawiający rozstrzyga także czy ogłoszenie zamieścić w mediach drukowanych, czy w mediach posługujących się dźwiękiem lub obrazem. Można sądzić, że intencją prawodawcy była publikacja ogłoszeń za pomocą druku. Intencja ta nie znalazła jednak dostatecznego potwierdzenia w treści art. 40 ust. 4. W grupie zamówień sektorowych po tzw. atestacji zamawiający zwalniany jest z obowiązku, o którym mowa w art. 40 ust. 4 (por. komentarz do art. 134 ust. 7). W postępowaniu prowadzonym na zasadach szczególnych nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących obowiązku publikacji ogłoszeń (art. 137 ust. 1 pkt 2).

6. Zamawiający może opublikować ogłoszenie również w inny sposób. Sposób publikacji, o którym mowa w ust. 5 komentowanego artykułu nie może zastępować publikacji przewidzianych ust. 1–4. Ogłoszenia przewidziane w ust. 5 uzupełniają wyłącznie formy upublicznienia informacji o podejmowanym postępowaniu. Ogłoszenia te nie mogą być publikowane przed ich publikacją, następującą w oparciu o treść ust. 1–4 w związku z art. 11–12. Na podstawie ust. 5 zamawiający może opublikować ogłoszenie w prasie lokalnej, za pomocą serwisu agencyjnego, stałego przekazu tekstowego itp.
7. Przepis ust. 6 ustala kolejność przekazywania, zamieszczania i publikacji ogłoszeń. Może to wywoływać pewne kontrowersje. Otóż nie w pełni jasne jest, czy intencją prawodawcy było wprowadzenie zakazu publikacji ogłoszeń przed ich obligatoryjnym przekazaniem w przypadkach wskazanych w ust. 2–4, czy też wprowadzanie takiego zakazu przed ich obligatoryjną publikacją na podstawie powołanych przepisów. W ust. 6 pkt 1 użyto zwrotu „przed dniem przekazania” co oznacza, że zamawiający może upublicznić informację o procedurze zamówieniowej także w sposób wskazany ust. 1, ust. 4, ust. 5 po przekazaniu ogłoszenia odpowiednio Prezesowi Urzędu bądź UOPWE, nie zaś dopiero po publikacji tych ogłoszeń. Ogłoszenia przekazywane różnym adresatom celem ich publika-

¹ Dz. U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24 z późn. zm.

cji w zasadzie powinny mieć identyczną treść. Ogłoszenia prasowe oraz upubliczniane w siedzibie zamawiającego muszą zawierać informację o dacie ich przekazania Prezesowi Urzędu lub UOPWE. Za pomocą tego instrumentu sprawowana jest kontrola nad transparentnością procedur. Rozwiązanie przewidziane w ust. 6 pkt 3 służy zachowaniu uczciwej konkurencji i równemu traktowaniu wszystkich wykonawców.

Art. 41 [Ogłoszenie]

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

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;**
 - 2) określenie trybu zamówienia;**
 - 3) określenie sposobu uzyskania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także jej cenę, jeżeli jej udostępnienie jest odpłatne;**
 - 4) opis przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;**
 - 5) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;**
 - 6) termin wykonania zamówienia;**
 - 7) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;**
 - 8) informację na temat wadium;**
 - 9) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;**
 - 10) miejsce i termin składania ofert;**
 - 11) termin związania ofertą.**
1. Przepis komentowanego artykułu wskazuje obowiązkową treść ogłoszenia. Jest to tzw. minimalna treść obligatoryjna. Ogłoszenia mogą zawierać dalsze treści, z tym wszakże zastrzeżeniem, że poszerzenie zawartości ogłoszenia nie może godzić w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.
 2. Firma może używać zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna (patrz art. 43⁴ i art. 43⁵ Kc). Firmą osoby prawnej jest jej nazwa. Gdy zamawiającym jest przedsiębiorca jego nazwa (firma) oraz siedziba i adres ujawnione są w rejestrze przedsiębiorców (por. art. 38 ustawy o Krajowym Rejestrze Handlowym¹). Informacje zawarte w ogłoszeniu nie mogą odbiegać od danych ujawnionych w rejestrze przedsiębiorców.
 3. Komentowany przepis dotyczy przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu powinno więc wskazywać przetarg nieograniczony jako tryb zamówienia. Treść ogłoszeń stosowanych w przetargu ograniczonym i negocjacyjnych z ogłoszeniem określają art. 48 i art. 56 ust. 2.

¹ Dz. U. z 2001 r., Nr 17, poz. 209 z późn. zm.

4. Zamawiający obowiązany jest wskazać miejsce, w którym wykonawca może uzyskać SIWZ oraz podać ewentualną cenę udostępnienia SIWZ (patrz komentarz do art. 36 i art. 37).
5. Przedmiot zamówienia opisuje się w ogłoszeniu w sposób zwięzły, z zastosowaniem reguł zawartych w art. 29–31. Definicję oferty częściowej zawarto w art. 2 pkt 6. Legalne pojęcie „oferty wariantowej” określa art. 2 pkt 7. Obowiązek wskazania terminu wykonania zamówienia dotyczy także SIWZ (patrz komentarz do art. 36). W ogłoszeniu należy wskazać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis kryteriów oceny spełniania tych warunków, nazywany czasami rankingiem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wskazuje się również w SIWZ (patrz komentarz do art. 36 ust. 1 pkt 8 i 9 oraz art. 26). Podobnie rzecz ma w stosunku do wymagań dotyczących wadium (art. 36 ust. 1 pkt 12 i art. 45–46). Opis kryteriów, którymi będzie się kierował zamawiający przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert powinien znaleźć się także w SIWZ (patrz komentarz do art. 36 ust. 1 pkt 18 oraz do art. 82–95). W SIWZ określa się również miejsce i termin składania ofert oraz termin związania ofertą (patrz komentarz do art. 36 ust. 1 pkt 15 i 13 oraz do art. 38 ust. 6–7 i art. 43). Termin związania ofertą reguluje art. 85.
6. Na podstawie art. 11 ust. 6 Prezes Rady Ministrów rozporządzeniem z dnia 15 marca 2004 r. określił wzory ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Europejskich¹. Rozporządzenie to weszło w życie 2 kwietnia 2004 r. Ogłoszenie o zamówieniu o wartości powyżej 130 000 euro w przypadku dostaw lub usług albo powyżej 5 000 000 euro w przypadku robót budowlanych udzielanym w trybie przetargu nieograniczonego powinno być sporządzone zgodnie z wzorem określonym w Załączniku Nr 4, a w przypadku postępowań o wartości niższej, lecz przekraczającej 60 000 euro zgodnie z wzorem określonym w Załączniku Nr 10. Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym powinno być zamieszczone z użyciem formularza określonego w Załączniku Nr 6.

Art. 42 [Przekazanie SIWZ]

- 1. Zamawiający przekazuje wykonawcy specyfikację istotnych warunków zamówienia nie później niż w terminie 5 dni od dnia otrzymania wniosku o jej przekazanie.**
- 2. Cena, jakiej wolno żądać za specyfikację istotnych warunków zamówienia, może pokrywać jedynie koszty jej druku oraz przekazania.**

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 48, poz. 460.

1. Przepis ust. 1 nakłada na zamawiającego obowiązek przekazania wykonawcy SIWZ w nieprzekraczalnym terminie 5 dni liczonych od dnia otrzymania wniosku o jej przekazanie. Termin ten wiąże zamawiającego. Termin pięciodniowy biegnie nie od daty wystąpienia przez wykonawcę o przekazanie SIWZ, lecz od dnia doręczenia takiego wniosku zamawiającemu. Oznacza to, że termin ten biegnie od chwili, gdy wniosek o przekazanie wykonawcy dotarł do zamawiającego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią (por. art. 61 Kc).
2. Zamawiający należycie wywiązuje się z obowiązku przekazania wykonawcy SIWZ, gdy nie później niż w terminie 5 dni od dnia otrzymania wniosku nadaje przesyłkę zawierającą SIWZ w placówce pocztowej operatora publicznego albo za pośrednictwem kuriera. Wymóg dochowania terminu jest też spełniony, gdy SIWZ we wskazanym w ust. 1 terminie zostaje wydana do rąk upoważnionego pracownika wykonawcy. Wniosek o przekazanie SIWZ wymaga formy wskazanej w art. 27 albo art. 28. SIWZ może być także przekazana wykonawcom przez zamawiającego z zachowaniem formy, o której mowa w art. 27 i art. 28.
3. Przepis ust. 2 przewiduje wyjątek od reguły nieodpłatnego przekazywania SIWZ. Udostępnianie odpłatne nie może następować w celu osiągnięcia przez zamawiającego zysku. Cena może pokrywać wyłącznie koszty druku oraz koszty przekazania, obejmujące koszty firmy kurierskiej, koszty pocztowe operatora publicznego itp.

Art. 43 [Termin składania ofert]

1. **Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 15 dni od dnia ogłoszenia.**
2. **Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, termin składania ofert nie może być krótszy niż 52 dni od dnia przekazania ogłoszenia Prezesowi Urzędu.**
3. **Jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 130 000 euro, termin składania ofert nie może być krótszy niż 52 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.**
4. **W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 37 dni, jeżeli informacja o tym zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanych co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu odpowiednio:**
 - 1) **Prezesowi Urzędu;**
 - 2) **Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.**

1. Komentowany przepis określa terminy składania ofert. Wszystkie terminy zgłoszenia ofert zostały przewidziane jako terminy minimalne. Oznacza to, że zamawiający może zastosować termin dłuższy jeśli np. uzna, że taki właśnie termin jest niezbędny na przygotowanie oferty i jej złożenie. Zamawiający wskazuje termin składania ofert tak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w ogłoszeniu (art. 36 ust. 1 pkt 15 i art. 41 pkt 10).
2. Terminy dotyczą zamówień tak na dostawy, usługi, jak i roboty budowlane. Przewidziana w ustawie minimalna długość terminu składania ofert jest uzależniona od wartości zamówienia. Gdy wartość zamówienia jest równa lub niższa od równowartości w złotych 60 000 euro minimalny termin do złożenia ofert wynosi 15 dni i biegnie od dnia ogłoszenia. Gdy wartość zamówienia jest wyższa od równowartości 60 000 euro termin składania ofert nie może być krótszy niż 52 dni. Termin ten nie biegnie jak w przypadku regulowanym w art. 43 ust. 1 od dnia ogłoszenia, lecz od dnia przekazania ogłoszenia Prezesowi UZP. Gdy jednak wartość zamówienia dla robót budowlanych jest wyższa od równowartości 5 000 000 euro, a w przypadku dostaw lub usług 130 000 euro termin składania ofert nie biegnie od dnia przekazania ogłoszenia Prezesowi UZP, ale od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Wyjątkowo zamawiający może skrócić termin 52 dni przewidziany w art. 43 ust. 2 i 3 do 37 dni. Termin składania ofert nie krótszy niż 37 dni można wyznaczyć wówczas, gdy zamawiający w trybie regulowanym w art. 13 ogłosił informację o konkretnym zamówieniu we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, a następnie ogłoszenie informacyjne przekazał, co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu, odpowiednio Prezesowi Urzędu lub Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Warto zwrócić uwagę, że w art. 13 przewidziano dwa progi właściwe dla wstępnych ogłoszeń informacyjnych, a mianowicie 5 000 000 euro dla robót budowlanych i 750 000 euro dla dostaw i usług. W komentowanym przepisie dla dostaw i usług mowa o progu 130 000 euro. W praktyce ust. 4 może być stosowany przez zamawiającego w odniesieniu do dostaw i usług o wartości powyżej 130 000 euro, ale tylko takich, które zawierają się w grupie lub kategorii CPV, w których zsumowana wartość zamówień przekracza 750 000 euro. Tylko o takich zamówieniach publikuje się wstępne ogłoszenia informacyjne.
3. Terminy określone w dniach liczy się według reguł określonych w przepisach Kodeksu cywilnego. W myśl art. 111 Kc termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Teoretycznie rzecz ujmując zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert wskazując liczbę dni. W praktyce termin ten określa się wskazując konkretną datę, godzinę i miejsce składania ofert. Ofertę złożoną po terminie zwraca się bez otwierania po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu (patrz komentarz do art. 84 ust. 2). W wyjątkowych przypadkach zamawiający może wydłużyć termin składania ofert.

Art. 44 [Spełnianie warunków]

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

1. Zamawiający tak w SIWZ, jak i ogłoszeniu obowiązany jest zamieścić informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 9 i art. 41 pkt 7). Obowiązek złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków jest zatem niejako rezultatem rozwiązań przyjętych w art. 36 ust. 1 pkt 9 i art. 41 pkt 7. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu ma charakter obligatoryjny. Wykonawcy składają to oświadczenie niezależnie od wartości zamówienia. Obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu ma charakter fakultatywny w tym znaczeniu, że ciąży on na wykonawcy tylko wówczas, gdy zamawiający w SIWZ obowiązek taki przewidział. Przypomnijmy, że na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wskazanych dokumentów, gdy wartość zamówienia przekracza 60 000 euro. Gdy wartość zamówienia kwoty tej nie przewyższa zamawiający może, ale nie musi żądać złożenia odpowiednich dokumentów.
2. W braku oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 44 oraz w braku dokumentów, o których mowa w tym przepisie, gdy zamawiający żądał ich złożenia, zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie dopełnił tych czynności (art. 24 ust. 2 pkt 3), a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4).
3. Zakres obowiązku dokumentacji spełniania warunków udziału w postępowaniu wyznacza art. 26. Został on uszczegółowiony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹ które weszło w życie 6 maja 2004 r.
4. Ofertę uznaje się za złożoną we właściwym miejscu i o właściwym czasie, gdy wykonawca uczynił to w miejscu i terminie wskazanym w SIWZ w taki sposób, że zamawiający mógł zapoznać się z jej treścią (dokonać otwarcia ofert – art. 86).

Art. 45 [Wadium]

- 1. Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro.**

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645.

2. Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.
 3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
 4. Zamawiający określa kwotę wadium w granicach od 0,5% do 3% wartości zamówienia.
 5. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, określa kwotę wadium dla każdej z części. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio.
 6. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:
 - 1) pieniądzu;
 - 2) poręczeniach bankowych;
 - 3) gwarancjach bankowych;
 - 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158 z późn. zm.)¹.
 7. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.
 8. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.
1. Przepisy Pzp nie zawierają definicji legalnej wadium. Wskazują tylko formy wnoszenia wadium. Przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym (por. art. 70⁴ Kc). Przepis art. 45 przewiduje w przetargu nieograniczonym wadium obligatoryjne oraz wadium fakultatywne. O tym, czy wadium jest obowiązkowe, czy też zależy od uznania zamawiającego decyduje wartość zamówienia. Określa się tę wartość w oparciu o treść art. 32–35. Jeśli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość 60 000 euro zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców wniesienia wadium (wadium obligatoryjne). Jeżeli natomiast wartość zamówienia jest równa lub niższa od wyrażonej w złotych równowartości 60 000 euro zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium (wadium fakultatywne). W przypadku wadium fakultatywnego staje się ono obowiązkowe dla wykonawców, gdy zamawiający zobowiązał ich do jego wniesienia. O obowiązku wniesienia wadium zamawiający informuje w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz w ogłoszeniu, o którym mowa w art. 41 pkt 8. W tych dokumentach zamawiający określa także wysokość wadium. Charakter wadium (wadium fakultatywne) nie uwalnia zamawiającego od obowiązku stosowania przezeń przepisów o wysokości wadium, jego formach i zwrocie. Gdy zamawiający podejmie decyzję o stosowaniu wadium

¹ Zmieniona treść art. 3 pkt 1 Dz. U. 2004, Nr 145, poz. 1537, ustawa z dnia 28 maja 2004 r. O zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw.

obowiązany jest przestrzegać wszelkich reguł dotyczących tej instytucji prawnej. W zamówieniach sektorowych zamawiający może odstąpić od obowiązku żądania wadium (patrz komentarz do art. 132 ust. 3).

2. Ustawa nie przewiduje możliwości zwolnienia konkretnego wykonawcy od obowiązku wniesienia wadium, tak przez zamawiającego (zasada równego traktowania wykonawców), jak i przez Prezesa Urzędu w drodze indywidualnej decyzji administracyjnej. Prezes nie może także wyrazić zgody na odstąpienie od obowiązku wnoszenia wadium przez wszystkich wykonawców, gdy wadium jest obligatoryjne. Prawodawca nakazuje określić wadium kwotowo nie zaś procentowo, co oznacza, że zamawiający w SIWZ i ogłoszeniu nie może poprzestać na wskazaniu konkretnej dozwolonej procentowej wartości zamówienia, a obowiązany jest wskazać precyzyjnie kwotę wadium. Zamawiający może określić tę kwotę w granicach 0,5% do 3% wartości zamówienia. Jeżeli zamawiający przewiduje możliwość składania ofert częściowych (patrz komentarz do art. 3 pkt 6) kwotę wadium ustala się dla każdej części z osobna w granicach 0,5% do 3% wartości części zamówienia, której oferta ma dotyczyć. Zamawiający może – jak się wydaje – ustalić wadium w różnych wysokościach dla poszczególnych części zamówienia.
3. Wykonawca obowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. Jak się wydaje zamawiający może żądać od wykonawcy, aby wraz z ofertą przedłożył dowód wniesienia wadium. Nie może jednak poprzez zapisy ogłoszenia lub SIWZ ograniczać terminu wniesienia wadium, skracając go w stosunku do terminu określonego w ust. 3. Przepis ten nie zezwala na wnoszenie wadium wraz ze złożeniem oferty (w chwili składania oferty). Oznacza to, że czynności tych nie można dokonywać równocześnie. Nie ma jednak przeszkód, aby tak określić wymagania dotyczące wadium, że wykonawca uprawniony będzie do wniesienia wadium nawet w dniu, w którym upływa termin składania ofert, ale przed nadejściem godziny, do której oferty powinny być złożone.
4. Przepisy Pzp zawężają, w porównaniu do uzp, katalog form wadium. Wadium nie może być wniesione w jakimkolwiek papierze wartościowym (por. przepisy art. 921¹–921¹⁴ Kc). W szczególności wadium nie może być wnoszone w akcjach, obligacjach, wekslach, zastawach na papierach wartościowych emitowanych lub gwarantowanych przez Skarb Państwa, czekach (nawet potwierdzonych). Przepis ust. 6 przewiduje *numerus clausus* dozwolonych form wadium. Wybór konkretnej formy lub form należy jednak do wykonawcy. Może on wnieść wadium w formach kombinowanych np. po części w pieniądzu, po części w innych formach. Zamawiającemu nie służy uprawnienie do wskazywania dozwolonych i aprobowanych przezeń form wadium.
5. Wadium może być wniesione w pieniądzu. Prawodawca wyłącza przy tym możliwość wniesienia wadium w gotówce. Wadium w pieniądzu wpłaca się na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu. Na tym

rachunku wadium wniesione w pieniądzu jest przechowywane, co oznacza, że zamawiający nie może wydatkować środków finansowych stanowiących wadium do chwili wskazanej w art. 46. Rachunków bankowych dotyczą przepisy art. 49–62 ustawy Prawo bankowe¹. Umowę rachunku bankowego regulują przepisy art. 725–733 Kc.

6. Ustawa nie rozstrzyga jednoznacznie, czy wadium może być wnoszone tylko w walucie polskiej czy również w walucie obcej. Definicję waluty obcej zawarto w art. 2 pkt 10 ustawy Prawo dewizowe². Wydaje się, że wykonawca może wnieść wadium tak w złotych, jak i w walucie obcej. Gdyby intencją prawodawcy było zawężenie możliwości wniesienia wadium tylko do pieniądza polskiego, treść ust. 6 pkt 1 musiałaby być co najmniej zbliżona do art. 358 Kc, wyrażającej zasadę walutowości. W myśl tego przepisu z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, zobowiązania pieniężne na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej mogą być wyrażone tylko w pieniądzu polskim. W ust. 6 pkt 1 nie dokonano identyfikacji pieniądza. Językowa wykładnia słowa „pieniądz” obejmuje zaś tak walutę polską jak i walutę obcą³. W przypadku wniesienia wadium w walucie obcej zamawiający nie ma obowiązku jego „przewalutowania” na pieniądz polski. Waluta obca także może bowiem być przechowywana na rachunku bankowym.
7. Poręczenia bankowe i gwarancje bankowe są tzw. czynnościami bankowymi przewidzianymi w art. 5 ust. 1 pkt 4 oraz art. 5 ust. 2 pkt 8 Prawa bankowego⁴. W myśl art. 80 powołanej ustawy banki mogą na zlecenie udzielać i potwierdzać gwarancje bankowe i poręczenia. Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku – gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji), określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku (art. 81 ust. 1 Prawa bankowego). Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej wymaga pod rygorem nieważności formy pisemnej (art. 81 ust. 2 Prawa bankowego). Wadium może być złożone wyłącznie w formie tzw. gwarancji nieodwołalnej. Gwarancja powinna mieć postać gwarancji bezwarunkowej, tj. gwarancji na pierwsze żądanie.
8. Poręczenie bankowe to zobowiązanie banku względem wierzyciela (w interesującym nas przypadku zamawiającego) do spełnienia świadczenia pieniężnego na wypadek gdyby dłużnik (wykonawca) nie wykonał tego świadczenia (por. art. 84 Prawa bankowego i art. 876 Kc).

¹ Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 685 z późn. zm.

² Dz. U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1178 z późn. zm.

³ Por. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995 r., s. 70–73.

⁴ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 z późn. zm., patrz *Prawo bankowe* pod red. E. Fojcik-Mastalskiej, Warszawa 2003 r., s. 255 i nast.

9. Załącznik do ustawy o działalności ubezpieczeniowej¹ w ramach podziału ryzyka według działów, grup i rodzajów ubezpieczeń w dziale II w grupie 15 przewiduje gwarancję ubezpieczeniową wyróżniając gwarancję bezpośrednią i gwarancję pośrednią. Instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie ma odrębnej, własnej regulacji prawnej. Gwarancja ubezpieczeniowa jest w istocie szczególnym rodzajem gwarancji, w której zakład ubezpieczeń gwarantuje wykonanie zobowiązania pieniężnego na wypadek jego niewykonania przez zobowiązanego. W stosunkach prawnych powstających z zamówień publicznych przy gwarancji ubezpieczeniowej występują trzy podmioty: wykonawca zobowiązany do świadczenia, zamawiający, czyli podmiot, na którego rzecz ma być spełnione świadczenie pieniężne (beneficjent gwarancji) i gwarant – zakład ubezpieczeń gwarantujący spełnienie świadczenia pieniężnego przez wykonawcę. Gwarancja ubezpieczeniowa, podobnie jak gwarancja bankowa jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Zakład ubezpieczeń z reguły odpowiada do określonej w gwarancji kwoty zwanej sumą gwarancyjną, a w jej braku do wysokości szkody zamawiającego. Zobowiązanie gwaranta jest abstrakcyjne i samoistne, co oznacza, że zakład ubezpieczeń odpowiada nie za cudzy dług, lecz za dług własny².
10. Treść ust. 6 pkt 5 zmieniono ustawą o zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw³. Poręczeń, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości⁴ udziela się przedsiębiorcom, podmiotom działającym na rzecz rozwoju gospodarczego oraz podmiotom działającym na rzecz zatrudnienia lub rozwoju zasobów ludzkich. Warto zwrócić uwagę, że wsparcie przeznaczone na powiększenie wyodrębnionego księgowo funduszu może wiązać się z udzieleniem poręczeń lub gwarancji spłaty kredytów lub pożyczek. Wadium może być natomiast wniesione wyłącznie w formie poręczenia, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 powołanej ustawy. Wskazana w tym przepisie gwarancja nie może stanowić wadium. Pojęcie przedsiębiorcy zdefiniowano w art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁵.

Art. 46 [Zwrot wadium]

1. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, jeżeli:

- 1) upłynął termin związania ofertą;**
- 2) zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy;**

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 124, poz. 115 z późn. zm.

² Patrz J. Kukielka, Ubezpieczenie kredytu, Warszawa, 1994 r., s. 24; J. Baehr w J. Baehr, T. Kwieciński, Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych, Warszawa 1999 r., s. 186.

³ Dz. U. z 2004 r., Nr 145, poz. 1537.

⁴ Dz. U. z 2003 r. Nr 109, poz. 1138 z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807.

- 3) zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia.
2. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy:
 - 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
 - 2) który został wykluczony z postępowania;
 - 3) którego oferta została odrzucona.
3. Złożenie przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona lub wykluczonego z postępowania, wniosku o zwrot wadium jest równoznaczne ze zrzeczeniem się przez wykonawcę prawa do wniesienia protestu.
4. Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.
5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
 - 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
 - 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.
1. Przepis komentowanego artykułu przewiduje dwie grupy przypadków, w których następuje zwrot wadium. W pierwszej grupie zamawiający zwraca wadium działając *ex officio*, a więc bez wniosku wykonawcy. W drugiej grupie przypadków zamawiający zwraca wadium na wniosek wykonawcy. W obu grupach zwrot wadium powinien nastąpić niezwłocznie, co oznacza, że zamawiający ma prawny obowiązek zwrotu wadium bez uzasadnionej zwłoki, a więc nie później niż w następnym dniu roboczym po powzięciu wiadomości o wystąpieniu przyczyny uzasadniającej jego zwrot.
2. Z własnej inicjatywy zamawiający ma obowiązek zwrotu wadium gdy upłynął termin związania ofertą. Termin związania ofertą określa SIWZ, przy czym przepis art. 85 określa maksymalne terminy związania. W szczególnym przypadku zawieszenia biegu terminu związania ofertą wykonawcy mają obowiązek przedłużenia ważności lub wniesienia nowego wadium na wydłużony okres (patrz komentarz do art. 181). Zamawiający obowiązany jest również zwrócić niezwłocznie wadium działając bez wniosku wykonawcy, gdy zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy. W ust. 1 pkt 2 użyto funktora koniunkcji. Zamawiający obowiązany jest zatem do zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta nie została zakwalifikowana jako najkorzystniejsza dopiero po zawarciu umowy z wykonawcą, którego oferta uzyskała kwalifikację najkorzystniejszej i po wniesieniu przezeń zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powiązanie w tym przypadku zawarcia umowy z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania tej

umowy może wywoływać pewne wątpliwości. Uchylanie się przez wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą od obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie powinno uszczuplać uprawnień do zwrotu wadium wszystkich pozostałych wykonawców uczestniczących w przetargu nieograniczonym, zwłaszcza tych, których oferty – ze względów niejako merytorycznych nie mogą być uznane za kolejną ofertę najkorzystniejszą.

3. Problem zwrotu wadium należy rozpatrywać łącznie z postanowieniami art. 94 ust. 2, który dotyczy zawarcia umowy. W przepisie tym unormowano kwestię wyboru oferty kolejnej, jeśli wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą uchylił się od zawarcia umowy lub wniesienia zabezpieczenia wykonania umowy. Zwrot wadium wszystkim wykonawcom może w świetle tych przepisów nastąpić dopiero po zawarciu umowy i wniesieniu zabezpieczenia przez wybranego wykonawcę, gdyż w innym przypadku przy sięganiu po oferty kolejne byłyby to utrudnione lub wręcz niemożliwe, jako że byłyby to oferty które nie są zabezpieczone wadium.
4. Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium bez wniosku zainteresowanego, gdy unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia. Unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne następuje w siedmiu przypadkach wskazanych w art. 93 ust. 1. Ostateczne rozstrzygnięcie protestów następuje z kolei po wyczerpaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach Działu VI tj. protestu, odwołania i skargi do sądu. Terminy ostatecznego rozstrzygnięcia protestu precyzyjnie określa art. 182. Termin do wniesienia protestu określa z kolei art. 180 ust. 2.
5. Treść ust. 1 pkt 3 wywołuje pewną wątpliwość. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i rezygnacji przez konkretnego wykonawcę z wniesienia protestu, gdy oferta tego wykonawcy nie mogła być uznana za najkorzystniejszą, zamawiający powinien zwrócić mu wadium nie czekając na ostateczne rozstrzygnięcie protestów innych wykonawców.
6. Ust. 2 komentowanego przepisu wskazuje przypadek zwrotu wadium na wniosek wykonawcy. Zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium na wniosek, gdy wykonawca wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert. Możliwość wycofania oferty przewidziano w art. 84 ust. 1. Zamawiający niezwłocznie zwraca także wadium na wniosek wykonawcy wykluczonego z postępowania. Wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 24. Zamawiający ma w końcu obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium temu wykonawcy, którego oferta została odrzucona. Przypadki odrzucenia oferty reguluje art. 89.
7. Wykonawca nie może żądać zwrotu wadium w okresie, gdy pozostaje związany ofertą. Tylko wówczas, gdy wykonawca odmawia wyrażenia zgody na wydłużenie terminu związania nie traci on wadium (patrz komentarz do art. 85 ust. 2 i 3).

Wniosek wykonawcy o zwrot wadium zgłoszony po upływie terminu do składania ofert zamawiający może pozostawić bez rozpatrzenia. Innymi słowy nie ma on obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium. Zwrotu wadium wykonawca może natomiast skutecznie żądać po odrzuceniu przez zamawiającego jego oferty lub po wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Złożenie wniosku po odrzuceniu oferty lub po wykluczeniu z postępowania jest równoznaczne z definitywną rezygnacją wykonawcy z prawa do wniesienia protestu (art. 46 ust. 3). Złożenie wniosku o zwrot wadium po oddaleniu protestu, a przed upływem terminu do wniesienia odwołania jest równoznaczne ze zrzeczeniem się prawa do wniesienia odwołania. Podobnie złożenie takiego wniosku po oddaleniu odwołania, a przed upływem terminu do wniesienia skargi do sądu należy uznać za rezygnację z prawa do wniesienia skargi. W takich sytuacjach zamawiający obowiązany jest zwrócić niezwłocznie wadium wykonawcy.

8. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu zamawiający obowiązany jest do jego zwrotu wraz z odsetkami uzgodnionymi z bankiem dla danej umowy rachunku bankowego. Zamawiający ma obowiązek dochowania należytej staranności w tym zakresie. Rezygnacja z odsetek bądź uzgodnienie odsetek w wysokości odbiegającej od warunków rynkowych może prowadzić do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego wobec wykonawcy żądającego zwrotu wadium. Odsetki może zamawiający umniejszyć o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę. Chodzi oczywiście o koszty rachunku bankowego związane z wpłatą przez wykonawcę wadium, nie zaś pełne koszty prowadzenia rachunku bankowego zamawiającego.
9. W kilku przypadkach zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium wraz z odsetkami bankowymi. Dotyczy to wyłącznie sytuacji, w których oferta konkretnego wykonawcy została wybrana. Przepis ust. 5 wskazuje trzy takie przypadki. Pierwszy to ten, w którym wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w złożonej przez siebie ofercie. Umowa – jak wiadomo – powinna być zawarta w terminie nie krótszym niż siedem dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później niż przed upływem terminu związania ofertą (art. 94 ust. 1). Jeżeli wykonawca odmawia zawarcia umowy w terminie krótszym niż siedem dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty nie traci prawa do zwrotu wadium. Drugi przypadek to ten, w którym zamawiający zatrzymuje wadium z powodu nie wniesienia przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy uregulowano w art. 147-151. Ostatni przypadek, w którym zamawiający ma prawo zatrzymania wadium to sytuacja, w której po wyborze konkretnej oferty zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Chodzi w istocie o sytuację tzw. zawinionej niemożliwości pierwotnej (powstałej przed wyborem oferty a ujawnionej już po wyborze) i zawinionej przez wykonawcę niemożliwości następczej (powstałej już po wyborze

oferty). W sprawie niemożliwości świadczenia por. art. 475 Kc, art. 493 Kc i art. 495 Kc. Niezawiniona przez wykonawcę niemożliwość zawarcia umowy nie powoduje utraty prawa do zwrotu wadium. Niezawiniona niemożliwość zawarcia umowy po stronie zamawiającego nie powoduje utraty prawa do zwrotu wadium. Jeżeli zamawiający uchyli się od zawarcia umowy, wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego, może żądać podwójnego wadium albo naprawienia szkody (art. 70⁴ § 2 Kc *in fine*).

Oddział 2 **Przetarg ograniczony**

Art. 47 [Definicja]

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

1. Przetarg ograniczony regulowany w Pzp różni się od tego samego trybu przewidzianego w ustawie o zamówieniach publicznych. Jest dwuetapowym trybem postępowania, równorzędnym z przetargiem nieograniczonym. W pierwszej fazie tej procedury zamawiający ogłasza o zamówieniu. Ogłoszenie adresowane jest *ad incertam personam*. W tym samym etapie, po upublicznieniu ogłoszenia (patrz komentarz do art. 48 ust. 1) przez zamawiającego, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu i zamawiający zaprasza wybranych przez siebie wykonawców do składania ofert. W drugim etapie wykonawcy składają oferty, a po ich złożeniu zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. W przetargu ograniczonym zamawiający nie prowadzi z wykonawcami jakichkolwiek negocjacji. Tym przede wszystkim przetarg ograniczony różni się od negocjacji z ogłoszeniem (art. 54). Do składania ofert zapraszani są wyłącznie wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu i tylko tym wykonawcom przekazuje się SIWZ. W przetargu ograniczonym zamawiający nie rozpatruje (nie ocenia) ofert podmiotów, które nie zostały zaproszone do ich złożenia¹.

Art. 48 [Ogłoszenie]

- 1. Do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego przepisy art. 40 stosuje się odpowiednio.**

¹ Patrz także J. Dolecki, „Przetarg ograniczony – niektóre aspekty przeprowadzenia postępowania”, *Zamówienia Publiczne Doradca*, Nr 4 z 2004 r., s. 19–22.

2. **Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 47, zawiera co najmniej:**
 - 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
 - 2) określenie trybu zamówienia;
 - 3) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
 - 4) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
 - 5) termin wykonania zamówienia;
 - 6) opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
 - 7) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - 8) liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert;
 - 9) informację na temat wadium;
 - 10) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
 - 11) miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

1. Przepis ust. 1 nakazuje do wszczęcia postępowania w trybie przetargu ograniczonego stosować odpowiednio art. 40. Oznacza to, że ogłoszenie o zamówieniu wymaga upublicznienia w formach przewidzianych w tych przepisach, a o konkretnej formie i kolejności publikacji ogłoszenia decyduje wartość zamówienia. Wszczęciem ogłoszenia jest, jak wyjaśniono wcześniej, zamieszczenie pierwszego ogłoszenia w przewidziany prawem sposób (por. komentarz do art. 40).

2. Ust. 2 wskazuje minimalną treść ogłoszenia o przetargu ograniczonym. Obligatoryjne elementy ogłoszenia w dużej mierze nie odbiegają od obowiązkowej treści ogłoszenia o przetargu nieograniczonym (patrz art. 41). Jest oczywiste, że jako tryb zamówienia w ogłoszeniu należy wskazać przetarg ograniczony. Nie ma obowiązku określenia sposobu uzyskania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ogłoszenie nie wymaga także wskazania miejsca i terminu składania ofert oraz terminu związania ofert (por. art. 41 pkt 3, 10 i 11). Jest to o tyle zrozumiałe, że doprecyzowanie tych elementów procedury następuje w następnej fazie przetargu. W ogłoszeniu należy natomiast zamieścić następujące informacje nie występujące w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym: informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

3. Wymóg umieszczenia w ogłoszeniu wskazanych wyżej elementów jest związany z kolejnymi czynnościami zamawiającego w procedurze przetargowej. Złożenie oświadczeń, dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy umożliwia dokonanie ich selekcji celem zaproszenia do składania ofert (art. 48 ust. 2 pkt 7). Katalog oświadczeń i dokumentów określa art. 26 oraz przepisy wcześniej przy-

wołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający obowiązany jest przedstawić opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia. Obowiązany jest również opisać sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. W istocie chodzi tutaj o wskazanie kryteriów, którymi posłuży się zamawiający ustalając kolejność wykonawców zapraszanych do składania ofert. W praktyce zamówień publicznych stwierdza się, że waga poszczególnych warunków umożliwia sporządzenie odpowiedniej listy rankingowej. Lista ta pozwala ustalić konkretnych wykonawców, którzy uzyskali najwyższą ocenę spełniania tych warunków. Wśród warunków, o których mowa w ust. 2 pkt 6 wymienia się doświadczenie i kwalifikacje profesjonalne poparte właściwymi rekomendacjami, wiarygodność finansową, wielkość obrotów, wielkość i kwalifikacje zespołu wykonawcy dedykowanego do danego zamówienia itp. (patrz komentarz do art. 51). Kryteria użyte do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu muszą pozostawać w odpowiedniej relacji do właściwości zamówienia. Nie mogą one godzić w zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców. Wskazanie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (art. 48 ust. 2 pkt 8) jest związane z treścią art. 51. Określenie miejsca i terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wiąże się z kolei z art. 49.

4. Warto zwrócić uwagę, iż pomimo użycia w stosunku do ogłoszeń o przetargu nieograniczonym i ograniczonym różnych pojęć w art. 41 pkt 4 (opis przedmiotu zamówienia) i art. 48 ust. 2 pkt 3 (określenie przedmiotu zamówienia) przyjmuje się, że w obu przypadkach chodzi o ogólne określenie przedmiotu zamówienia, a nie opis szczegółowy, w sposób przewidziany w art. 29–31.
5. Wzór ogłoszenia o przetargu ograniczonym zamieszczono w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich².

Art. 49 [Dopuszczenie do udziału w postępowaniu]

- 1. Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie wymaganych dokumentów, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 15 dni od dnia ogłoszenia.**

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645.

² Dz. U. z 2004 r. Nr 48, poz. 460.

2. Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż 37 dni od dnia przekazania Prezesowi Urzędu ogłoszenia o zamówieniu.
 3. Jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 130 000 euro, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż 37 dni od dnia przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia o zamówieniu.
 4. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może, w przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3, wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż 15 dni. W takim przypadku ogłoszenia przekazuje się Prezesowi Urzędu faksem lub za pomocą formularza umieszczanego na stronie internetowej Urzędu, a Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – faksem lub drogą elektroniczną.
1. W pierwszym etapie postępowania w trybie przetargu ograniczonego wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tym celu w ogłoszeniu zamawiający wyznacza, jak wspomniano wcześniej, właściwe terminy. Długość terminu jest uzależniona od wartości zamówienia (por. art. 32–35 i art. 43). Gdy wartość zamówienia jest równa albo niższa od równowartości 60 000 euro termin do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nie może być krótszy niż 15 dni. Gdy wartość zamówienia jest wyższa od równowartości 60 000 euro termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału nie może być krótszy niż 37 dni. W obu przypadkach termin musi uwzględniać czas niezbędny na przygotowanie i złożenie wymaganych dokumentów. W pierwszym przypadku termin 15 dniowy biegnie od daty ogłoszenia, w drugim termin 37 dniowy biegnie od daty przekazania – w sposób uregulowany w art. 27 i art. 28 – Prezesowi UZP ogłoszenia o zamówieniu. W praktyce zamawiający wskazuje konkretne daty, do których nadejścia zainteresowani powinni złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu.
 2. Przepis ust. 3 dotyczy zamówień, których wartość przekracza w przypadku robót budowlanych równowartość w złotych 5 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 130 000 euro. Termin do złożenia wniosków o dopuszczenie do przetargu ograniczonego nie może być wówczas krótszy niż 37 dni od dnia przekazania UOPWE ogłoszenia o zamówieniu.
 3. Komentowany przepis nie przewiduje możliwości skrócenia terminu zgłoszenia wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym w przypadku publikacji tzw. wstępnego ogłoszenia informacyjnego o zamówieniach planowanych (por. art. 43 ust. 4). Przewiduje natomiast w przypadkach regulowanych w art. 49 ust. 2 i ust. 3, w razie wystąpienia pilnej potrzeby, możliwość

skrócenia terminu do zgłoszenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu. Termin ten nie może być jednak krótszy niż 15 dni. W takiej sytuacji zamawiający może przekazać w formie uproszczonej ogłoszenie – Prezesowi UZP faksem lub za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej urzędu, a UOPWE – faksem lub drogą elektroniczną. We wskazanym przypadku nie znajduje zastosowania art. 28, bowiem ust. 3 stanowi *lex specialis*, który uchyla *legi generali*.

4. W odniesieniu do „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia” należy zwrócić uwagę, że jej wystąpienie, i co za tym idzie możliwość skrócenia terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, nie musi wiązać się z przyczynami leżącymi po stronie zamawiającego (patrz komentarz do art. 62 ust. 1 pkt 4 i art. 67 ust. 1 pkt 3). Stan „pilnej potrzeby” to taka sytuacja, w której stosowanie zwykłych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu mogłoby prowadzić do powstania nieodwracalnych, ujemnych skutków finansowych dla zamawiającego, bądź sytuacja, w której względy społeczne lub organizacyjne decydują o konieczności skrócenia terminu składania wniosków.

Art. 50 [Spełnianie warunków]

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

1. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty które potwierdzają spełnianie warunków wykonawcy składają wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu, a nie wraz z ofertą (por. art. 44). Jest to o tyle zrozumiałe, że spełnienie warunków uprawnia zamawiającego do zaproszenia wykonawcy do złożenia oferty. Zamawiający, podobnie jak w innych trybach udzielania zamówień, może zrezygnować z żądania dokumentów, jeśli wartość zamówienia nie przekracza 60 000 euro.
2. Zakres obowiązku dokumentacji określa art. 26 i przepisy rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich mogą żądać zamawiający od wykonawcy¹.

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645.

Art. 51 [Zaproszenie do składania ofert]

- 1. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20.**
- 2. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ocenę spełniania tych warunków.**
- 3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających te warunki.**
- 4. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcy specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz wskazuje dzień i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 47. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 8 i 9 nie stosuje się.**

1. Zaproszenie do składania ofert otwiera kolejny etap przetargu ograniczonego. Wymaga ono formy wskazanej w art. 27 albo formy przewidzianej w art. 28. Ustawodawca nie określa jednak minimalnej treści zaproszenia (patrz komentarz do art. 59 ust. 2). Zaproszenie jest oświadczeniem zamawiającego kierowanym do zindywidualizowanych adresatów. Nie wymaga ono upublicznienia, a zamawiający nie ma obowiązku informowania wykonawców o tym, kogo zaprosił do składania ofert. Na żądanie obowiązany jest jednak informacje te ujawnić. Wykonawca niezakwalifikowany do drugiego etapu przetargu ograniczonego ma prawo do złożenia protestu i wniesienia dalszych środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI Pzp.
2. W ogłoszeniu o przetargu ograniczonym zamawiający obowiązany jest wskazać liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (art. 48 ust. 2 pkt 8). Liczba ta nie może być mniejsza niż 5 i większa niż 20 oraz zapewniać właściwą konkurencję. Liczby wskazanej w ogłoszeniu zamawiający nie może zmieniać w toku postępowania.
3. Po złożeniu przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do przetargu zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustala właściwą kolejność wykonawców i kieruje zaproszenia do ustalonej w ogłoszeniu, a mieszczącej się przedziale wskazanym w ust. 1 liczby wykonawców. Jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu jest wyższa od ustalonej w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy uzyskali najwyższą ocenę spełnienia warunków. Zamawiający nie może zaprosić do składania ofert wykonawców w liczbie przewyższającej liczbę wskazaną w ogłoszeniu. W odniesieniu do „rankingu” wykonawców patrz komentarz do art. 48 ust. 2 pkt 6.

4. Jeśli warunki udziału w postępowaniu spełnili wykonawcy w liczbie mniejszej od przyjętej w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy spełnili te warunki. Jeżeli np. liczbę wykonawców określono na 10, a warunki udziału spełnia 8 wykonawców, zamawiający obowiązany jest zaprosić wszystkich do składania ofert. Jeżeli przyjęto liczbę 5 wykonawców, a warunki spełnia 3, zamawiający obowiązany jest zaprosić do składania ofert 3 wykonawców. Zamawiający prowadzi postępowanie przetargowe na tym etapie chociażby wpłynął tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Jeżeli żaden wykonawca nie zgłosił wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający unieważnia to postępowanie. (art. 93 ust. 1 pkt 1).
5. Zapraszając do składania ofert wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu zamawiający przekazuje im specyfikację istotnych warunków zamówienia. Tylko szczególną troską o ułatwienie wykonawcom identyfikacji postępowania którego dotyczy zaproszenie można tłumaczyć obowiązek wskazania w zaproszeniu dnia i miejsca opublikowania ogłoszenia, o którym mowa w art. 47. Ogłoszenie to musi być bowiem znane tym wykonawcom, skoro zgłosili oni wcześniej – niejako w reakcji na publikację ogłoszenia – wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. W SIWZ nie zamieszcza się opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków (art. 36 ust. 1 pkt 8), a także informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 9). Zawiera je wyłącznie ogłoszenie o przetargu ograniczonym. Nie znajduje również zastosowania norma zawarta w art. 42 ust. 2. Zamawiający obowiązany jest przekazać wykonawcy SIWZ nieodpłatnie. W przepisach dotyczących przetargu ograniczonego nie zawarto ogólnego przepisu blankietowego nakazującego stosować do tego trybu – w zakresie nieuregulowanym odmiennie – odpowiednio przepisów o przetargu nieograniczonym (patrz komentarz do art. 53 oraz do art. 37).

Art. 52 [Termin składania ofert]

1. **Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.**
2. **Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.**
3. **W przypadkach, o których mowa w ust. 2, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 26 dni, jeżeli informacja o tym zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczą-**

cym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanych co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu:

- 1) Prezesowi Urzędu;**
 - 2) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – w przypadku gdy wartość zamówienia przekracza dla dostaw lub usług wyrażoną w złotych równowartość kwoty 130 000 euro, a dla robót budowlanych – 5 000 000 euro.**
- 4. Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może w przypadkach, o których mowa w ust. 2, wyznaczyć krótszy termin składania ofert, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni.**
1. Terminy składania ofert zamawiający wyznacza w zaproszeniu kierowanym do wybranych wykonawców. Musi on być jednakowy dla wszystkich wykonawców, zaproszonych do składania ofert. W praktyce w zaproszeniu zamawiający wskazuje datę (co do dnia i godziny), do której oczekuje na złożenie ofert.
 2. Komentowany przepis wyznacza minimalne terminy składania ofert, przy czym ich długość jest uzależniona od wartości zamówienia. Przy wartości zamówienia do 60 000 euro termin składania ofert powinien uwzględniać czas niezbędny na przygotowanie i złożenie ofert, ale nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania oferty (patrz art. 111 Kc). Gdy wartość zamówienia jest wyższa od 60 000 euro, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni. Biegnie on od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. W ust. 3 zastosowano konstrukcję zbliżoną do rozwiązania przyjętego w art. 43 ust. 4, z tym zastrzeżeniem, że termin do składania ofert nie może być krótszy niż 26 dni, a nie 37 dni, jak w przypadku przetargu nieograniczonego. Ustawową przesłanką skrócenia terminu czterdziestodniowego do 26 dni jest zawarcie informacji o przetargu ograniczonym we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy i przekazanie ogłoszenia wstępnego Prezesowi UZP co najmniej na 52 dni przed przekazaniem ogłoszenia o konkretnym zamówieniu. W przypadku zamówień na dostawy i usługi, których wartość jest wyższa od 130 000 euro i zamówień na roboty budowlane, których wartość przewyższa 5 000 000 euro termin 52 dni biegnie od przekazania ogłoszenia UOPWE.
 3. W wyjątkowych przypadkach, gdy występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia termin przyjęty w ust. 2 (40 dni) może zostać skrócony. Zamawiający może wyznaczyć termin do składania ofert nie krótszy niż 10 dni. Warto podkreślić, że ustawa nie przewiduje możliwości skrócenia terminu przyjętego w art. 50 ust. 3, a tylko terminu, o którym mowa w ust. 2 tego przepisu (patrz także komentarz do art. 43 i art. 49, w szczególności do ust. 4 tego ostatniego przepisu).
 4. Postępowanie prowadzi się jeżeli po zaproszeniu do składania ofert złożono co najmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1). Jedyna oferta jest wówczas z reguły ofertą najkorzystniejszą. Gdy jednak cena tej oferty

przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia postępowanie unieważnia się (patrz komentarz do art. 93 ust. 1 pkt 4). Przy braku ofert niepodlegających odrzuceniu zamawiający unieważnia postępowanie (art. 93 ust. 1 pkt 1).

Art. 53 [Odesłania]

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

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

Oddział 3 Negocjacje z ogłoszeniem

Art. 54 [Definicja]

Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

1. W przepisach ustawy odstąpiono od stosowania przetargu dwustopniowego i negocjacji z zachowaniem konkurencji. W miejsce tych dwóch trybów ustawodawca wprowadził negocjacje z ogłoszeniem oraz negocjacje bez ogłoszenia. Negocjacje z ogłoszeniem są najbardziej zbliżone do przetargu dwustopniowego. Tryb ten należy do grupy negocjacyjnych trybów konkurencyjnych.
2. Negocjacje z ogłoszeniem tworzą trzy stadia. W pierwszym, zamawiający publicznie ogłasza o zamówieniu, a wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Drugie stadium obejmuje kwalifikację wykonawców, negocjacje warunków umowy i zaproszenie do składania ofert. W końcu w trzecim stadium wykonawcy składają oferty, a zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. W odniesieniu do wymogów ogłoszenia i form jego upubliczniania patrz komentarz do art. 56; w odniesieniu do zakresu negocjacji patrz komentarz do art. 57 ust. 5 i 6 oraz art. 58; w odniesieniu do zaproszenia patrz komentarz do art. 57 i art. 59¹.

¹ Patrz J. Dolecki, „Negocjacje z ogłoszeniem – niektóre aspekty przeprowadzenia postępowania”, *Zamówienia Publiczne Doradca*, Nr 5 z 2004 r., s. 31–34.

Art. 55 [Przesłanki stosowania]

1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
 - 2) w wyjątkowych sytuacjach, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, których charakter lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
 - 3) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty;
 - 4) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
 - 5) wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro.
 2. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a na dostawy lub usługi – 5 000 000 euro, zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem wymaga uprzedniej zgody Prezesa Urzędu, wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej.
1. Komentowany przepis wskazuje pięć przypadków, w których zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Każdy z nich z osobna daje zamawiającemu prawo do podjęcia procedury w tym trybie. Warto zwrócić uwagę, że katalog przesłanek stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem w istotny sposób odbiega od katalogu przewidzianego dla dawnego przetargu dwustopniowego.
2. W praktyce szczególne znaczenie należy przypisać przesłance uregulowanej w ust. 1 pkt 5, bowiem stanowi ona wyjątek od reguły wyrażonej w art. 10 ust. 1. Ze względu na wartość zamówienia (nie więcej niż 60 000 euro) zamawiający może tak w odniesieniu do dostaw, usług, jak i robót budowlanych zastosować omawiany tryb bez potrzeby dochowania jakichkolwiek dalszych przesłanek. Innymi słowy tryb negocjacji z ogłoszeniem przy wartości zamówienia do 60 000 euro jest trybem równoprawnym z trybami przetargowymi. Podobne rozwiązanie przewidziano dla zamówień sektorowych (patrz komentarz do art. 127). W postępowaniu prowadzonym na zasadach szczególnych zamawiający może udzielić zamówienia m.in. w trybie negocjacji z ogłoszeniem nawet wówczas, gdy przesłanki zastosowania tego trybu wskazane w art. 55 nie zostały spełnione (patrz komentarz do art. 137 ust. 1 pkt 3).
3. W ust. 1 pkt 1 ustawodawca przewidział możliwość prowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, gdy wcześniej prowadzone postępowanie

przetargowe (przetarg nieograniczony albo przetarg ograniczony) nie dało pożądanego rezultatu, a więc nie złożono żadnej oferty albo wszystkie oferty odrzucono. Chodzi o przypadek uregulowany w art. 93 ust. 1 pkt 1. Wydaje się, że tryb negocjacji z ogłoszeniem może być także stosowany gdy zamawiający ogłosił przetarg ograniczony, a żaden wykonawca nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu. Przepis ust. 1 pkt 2 nie przewiduje wprost takiego przypadku. Prezentowane wyżej stanowisko ma jednak oparcie w argumentacji a fortiori. Skoro w braku ofert można stosować ten tryb, to tym bardziej dozwolony jest on w braku wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu. Warto zwrócić uwagę, że we wskazanej sytuacji zamawiający wedle własnego wyboru może prowadzić postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo negocjacji bez ogłoszenia. Zakres stosowania ust. 1 pkt 1 jest tożsamy z zakresem stosowania art. 62 ust. 1 pkt 4. Zakres stosowania ust. 1 pkt 1 odbiega natomiast od zakresu stosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 (por. komentarz do tego przepisu).

4. Negocjacje z ogłoszeniem można stosować wyjątkowo, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, a ze względu na ich charakter lub związane z nimi ryzyko nie można wcześniej dokonać wyceny tych robót lub usług. Tryb ten można stosować na podstawie ust. 1 pkt 1, gdy ze względu na oryginalność przewidywanej technologii, potrzebę stosowania unikatowych materiałów lub rozwiązań technologicznych, szczególne wymogi jakościowe lub prototypowy charakter robót budowlanych lub podobne okoliczności niemożliwe jest wcześniejsze ustalenie wartości zamówienia. Ustawa posługuje się wprawdzie pojęciem wyceny, ale chodzi w istocie o ustalenie wartości zamówienia w oparciu o art. 32–35.
5. Przepis ust. 1 pkt 2 dotyczy wyłącznie robót budowlanych i usług. Nie stosuje się więc tego przepisu do dostaw, z zastrzeżeniem wynikającym z art. 6 (w odniesieniu do tzw. zamówień wielorodzajowych). W przypadku robót budowlanych zamawiający może zastosować tryb negocjacji z ogłoszeniem gdy ustalenie wartości zamówienia w braku kosztorysu inwestycyjnego albo w braku tzw. programu funkcjonalno – użytkowego, zawierającego zestawienie planowanych kosztów robót budowlanych jest niemożliwe, a nie tylko utrudnione. Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do usług. Utrudnienia w określeniu pożądaných cech wykonawcy nie uprawniają do stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem. Ten tryb zamawiający może zastosować natomiast przy braku możliwości ustalenia wartości usługi. Dobrym przykładem takich usług mogą być usługi geologiczne, wiertnicze, niektóre usługi doradcze itp.
6. Przepis ust. 1 pkt 2 wiąże przesłankę zastosowania tego trybu z charakterem robót budowlanych lub usług i związanymi z tymi robotami lub usługami ryzykami. Pojęcia te są wieloznaczne i nieostre. Nie bardzo wiadomo, czy w przypadku usług „charakter” usługi stanowi to samo, co „szczegółowe cechy usługi” o których mowa w art. 55 ust. 1 pkt 3. Warto również podkreślić, że w przypadku usług wskazanych w art. 5 ust. 1 przesłanki wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem w ogóle nie muszą być dochowane.

7. Przepis ust. 1 pkt 3 dotyczy wyłącznie usług. Chodzi przy tym o takie usługi, których szczegółowych cech nie da się z góry określić tak, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty. Chodzi zatem o takie świadczenia, nie będące robotami budowlanymi lub dostawami, których nie można opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Świadczenia te zamawiający może szczegółowo opisać dopiero po negocjacjach (patrz komentarz do art. 2 pkt 10, art. 29, art. 30 i art. 58).
8. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane i usługi, do udzielenia zamówienia można stosować ust. 1 pkt 3, gdy wartościowy udział usług jest w danym zamówieniu największy (art. 6 ust. 1). Trybu negocjacji z ogłoszeniem nie można natomiast stosować na podstawie tego przepisu do usług polegających na rozmieszczaniu lub instalacji dostarczonej rzeczy lub innego dobra, jeżeli usługom tym towarzyszą dostawy. Do udzielenia takiego zamówienia stosuje się bowiem przepisy dotyczące dostaw (art. 6 ust. 2). Jak wiadomo przepis ust. 1 pkt 3 dostaw nie dotyczy. Przez szczegółowe cechy usługi nie należy rozumieć nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień. Nawet w przypadku, gdy usługę da się przypisać do konkretnej nazwy i kodu przepis ust. 1 pkt 3 może być stosowany. Brak możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na szczególne cechy usług, a nie ogólną niemożność klasyfikacji usługi, uprawnia zamawiającego do zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem (patrz komentarz do art. 2 pkt 5 oraz art. 82 i nast.).
9. Negocjacje z ogłoszeniem można stosować, gdy przedmiotem zamówienia są szczególne roboty budowlane prowadzone w celach badawczych, doświadczalnych i rozwojowych. Tryb ten można zastosować także do dostaw niezbędnych do wykonania takich robót (art. 6 ust. 3). Usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych z zasady nie podlegają Pzp. Wskazane wyżej cechy robót budowlanych same przez się nie uprawniają zamawiającego do zastosowania negocjacji z ogłoszeniem. Istotne jest, aby cel badawczy, doświadczalny lub rozwojowy był jedynym (wyłącznym) celem tych robót. W razie prowadzenia robót budowlanych dla zysku tryb negocjacji z ogłoszeniem nie może być zastosowany na podstawie ust. 1 pkt 4. Podobnie rzecz ma się w przypadku prowadzenia robót budowlanych w celu sfinansowania kosztów badań lub rozwoju. Prowadzenie robót w takim przypadku następuje w ramach działalności gospodarczej, którą definiuje art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹. Działalnością gospodarczą jest min. zarobkowa działalność budowlana, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.
10. Definicję legalną badań naukowych obejmujących badania podstawowe oraz badania stosowane zawarto w ustawie o Komitecie Badań Naukowych². Badania podstawowe to działalność badawczo-eksperymentalna lub teoretyczna, podejmowana w celu zdobycia nowej wiedzy o zjawiskach i faktach, nieukierun-

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807.

² Dz. U. z 2001 r. Nr 33, poz. 389 z późn. zm.

kowana na bezpośrednie zastosowanie w praktyce (art. 3 pkt 1 lit. a ustawy o KBN). Badania stosowane z kolei to działalność naukowa podejmowana w celu zdobycia nowej wiedzy, ukierunkowana na bezpośrednie zastosowanie w praktyce (art. 3 pkt 1 lit. b ustawy o KBN). Nie ulega wątpliwości, że w ust. 1 pkt 4 chodzi o prace badawcze obejmujące tzw. badania stosowane. Przez prace rozwojowe rozumie się z kolei prace wykorzystujące dotychczasową wiedzę, uzyskaną w wyniku działalności badawczej lub doświadczeń praktycznych, prowadzone w celu wytworzenia nowych lub udoskonalenia istniejących materiałów, wyrobów, urządzeń, usług, procesów lub metod (art. 3 pkt 2 ustawy o KBN). Prace doświadczalne można utożsamiać z działalnością innowacyjną. Rozumie się przez nią prace związane z przygotowaniem i uruchomieniem wytwarzania nowych lub udoskonalonych materiałów, wyrobów, urządzeń, usług procesów lub metod przeznaczonych do wprowadzania na rynek albo do innego wykorzystania w praktyce. Zakończenie działalności innowacyjnej następuje z dniem uruchomienia nowej produkcji, technologii lub usług, zastosowania nowego rozwiązania organizacyjnego albo z dniem wprowadzenia na rynek (art. 3 pkt 3 ustawy o KBN). W odniesieniu do działalności badawczo-rozwojowej patrz także przepisy ustawy o jednostkach badawczo-rozwojowych¹.

11. Zamówienia na roboty budowlane, których wartość jest wyższa od 60 000 euro, a niższa od 10 000 000 euro mogą być udzielone wykonawcom w razie wystąpienia którejkolwiek przesłanki wskazanej w ust. 1 pkt 1–4. Jeżeli wartość zamówienia przekracza równowartość 10 000 000 euro wymagana jest uprzednia zgoda Prezesa UZP. W przypadku dostaw lub usług zgoda Prezesa nie jest wymagana w przedziale od 60 000 euro do 5 000 000 euro. Gdy wartość dostaw lub usług przewyższa kwotę 5 000 000 euro tryb negocjacji z ogłoszeniem może być zastosowany po wydaniu przez Prezesa Urzędu uprzedniej zgody w formie decyzji administracyjnej.

Art. 56 [Ogłoszenie]

1. Do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem przepisy art. 40 stosuje się odpowiednio.
2. Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 54, zawiera co najmniej:
 - 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
 - 2) określenie trybu zamówienia i podstawy prawnej jego zastosowania;
 - 3) określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
 - 4) informację o możliwości złożenia oferty wariantowej;
 - 5) termin wykonania zamówienia;

¹ Dz. U. z 2001 r., Nr 33, poz 388 z późn. zm., tekst jednolity.

- 6) opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
 - 7) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - 8) liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do negocjacji;
 - 9) informację na temat wadium;
 - 10) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
 - 11) miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
3. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem przepisy art. 49 i 50 stosuje się odpowiednio.

1. Postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem wszczyna się, jak sama nazwa wskazuje, przez ogłoszenie kierowane *ad incertam personam*. Jest ono upubliczniane i przekazywane adresatom w sposób uregulowany w art. 40, bowiem w tym zakresie stosuje się powołany wyżej przepis. W przypadku zamówień, których wartość przekracza kwoty wskazane w art. 55 ust. 2 ogłoszenie musi być poprzedzone zgodą Prezesa Urzędu.
2. Przepis ust. 1 określa minimalną treść ogłoszenia. W dużej mierze jest ona podobna do treści ogłoszenia stosowanego w przetargu ograniczonym (patrz komentarz do art. 48 i art. 41). Warto jednak zwrócić uwagę, że zamawiający ma obowiązek nie tylko określenia trybu zamówienia, ale i podstawy prawnej jego zastosowania, a zatem podania konkretnego przepisu, w oparciu o który podejmuje procedurę w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 55 ust. 1 pkt 1–5, ewentualnie art. 5 ust. 1). Podobnie jak w przetargu ograniczonym zamawiający ma obowiązek wskazania liczby wykonawców, których zamierza zaprosić do negocjacji (art. 57). W ogłoszeniu nie zamieszcza się jakichkolwiek informacji dotyczących składania ofert, bowiem przekazuje się ją wykonawcom po negocjacjach, w zaproszeniu do składania ofert. Wzór ogłoszenia określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich¹.
3. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem stosuje się odpowiednio art. 49 i art. 50. Oznacza to, że terminy do składania wniosków zamawiający wyznacza według reguł stosowanych w przetargu ograniczonym dla złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a wraz z wnioskiem wykonawca obowiązany jest złożyć właściwe oświadczenia i dołączyć doń odpowiednią dokumentację (patrz komentarz do art. 49 i art. 50).

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 48, poz. 461.

Art. 57 [Zaproszenie do negocjacji]

- 1. Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie, określonej w ogłoszeniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5, a jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a na dostawy lub usługi – 5 000 000 euro, nie mniejszej niż 7.**
 - 2. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ocenę spełniania tych warunków.**
 - 3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców spełniających te warunki.**
 - 4. Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5, 8, 9, 13 i 15 nie stosuje się.**
 - 5. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z negocjacjami są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.**
 - 6. Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami.**
-
1. Przepis ust. 1 nakłada na zamawiającego obowiązek zaproszenia do negocjacji wykonawców spełniających warunki udziału wskazane w ogłoszeniu, w liczbie w nim określonej. Zamawiający powinien przyjąć liczbę nie mniejszą niż 5. Jeżeli jednak wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza równowartość 10 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 5 000 000 euro, obowiązany jest przyjąć liczbę nie mniejszą niż 7. Wydaje się, że w przypadku wszczęcia postępowania na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 2, gdy rozmiar robót budowlanych ma być nieznanymi lub usługi mają mieć większą wartość, zamawiający powinien z ostrożności ustalać liczbę wykonawców nie mniejszą niż 7.
 2. Od liczby wykonawców ustalonej w ogłoszeniu należy odróżnić liczbę wykonawców zapraszanych do udziału w negocjacjach. Z reguły zamawiający powinien zaprosić do negocjacji wykonawców w liczbie wskazanej w ogłoszeniu, spełniających warunki udziału w postępowaniu według kolejności ocen spełniania tych warunków (art. 57 ust. 2 w związku z art. 56 ust. 2 pkt 6). Zamawiający sporządza, podobnie jak w przetargu ograniczonym, „ranking” wykonawców spełniających warunki udziału w negocjacjach. Mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy z niższymi ocenami (poniżej liczby przyjętej w ogłoszeniu) nie uczestniczą w dalszych etapach procedury. Zamawiający z wykonawcami tymi nie może prowadzić negocjacji. Podobnie jak w przypadku przetargu ograniczonego, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału jest niższa niż ustalona w ogłoszeniu, do dalszego udziału w postępowaniu (w interesującym nas przypadku negocjacji) zaprasza się ich wszystkich.

3. Ustawodawca nie przewidział szczególnych wymogów formalnych dla zaproszenia do negocjacji. Wymóg formalny dotyczy wyłącznie załącznika do zaproszenia. Zamawiającego zobowiązano do przekazania wraz z zaproszeniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W trybie negocjacji z ogłoszeniem pierwotna wersja specyfikacji nie może zawierać informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, informacji o oświadczeniach i dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, terminu związania ofertą i w końcu miejsca oraz terminu składania i otwarcia ofert. Zamówienia uzupełniające stosowane są wyłącznie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Warunki udziału, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, oświadczenia i wymaganą dokumentację wskazuje się w ogłoszeniu i następnie w zaproszeniu wykonawców do negocjacji. Informacje te są zatem w SIWZ bezprzedmiotowe. Z kolei dane dotyczące oferty zamieszcza się w zaproszeniu do składania ofert (art. 59).
4. Treść ust. 5 potwierdza zasadę wyrażaną w art. 7. Komentowany przepis ma podobną treść do art. 38 ust. 2, który dotyczy wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ust. 5 związany jest natomiast z przebiegiem negocjacji. Wymagania, wyjaśnienia i informacje nie obejmują informacji technicznych i handlowych, bowiem te ostatnie są poufne. W komentowanym przepisie nie przewidziano zakazu ujawniania źródła zapytania, o którym mowa w art. 38 ust. 2, *prima vista* można więc sądzić, że źródło zapytania (konkretny wykonawca zapraszany do negocjacji) może być ujawnione. Wydaje się jednak, że zakaz ujawniania źródła zapytania da się wywieść z treści art. 57 ust. 6. Na rzecz tej tezy przemawia także art. 38 ust. 2 (*argumentum a simili*). Zamawiający nie powinien więc informować uczestników negocjacji o tym, kto wystąpił z zapytaniem, z prośbą o wyjaśnienia bądź o dodatkowe informacje.
5. Przepis ust. 6 przewiduje wyjątek od zasady wyrażonej w art. 8 ust. 1. Możliwość ograniczenia jawności przewidziano, jak wiadomo, w ust. 2 tego artykułu. Obowiązek zachowania poufności nie jest obowiązkiem bezwzględnym, może być uchylony poprzez zgodę stron. Innymi słowy zamawiający może wyrazić zgodę na ujawnienie informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami przez wykonawcę, a ten może wyrazić zgodę na ujawnienie takich informacji przez zamawiającego. Należy zauważyć, że ust. 6 jest sformułowany niefortunnie. Ze względu na potrzebę przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji obowiązek dochowania poufności negocjacji powinien mieć charakter bezwzględny, a zatem żadna ze stron nie powinna mieć uprawnienia do zwolnienia drugiej z obowiązku dochowania poufności. Natomiast warto zwrócić uwagę, że obowiązek zachowania poufności negocjacji nie jest ograniczony terminem. Oznacza to, że zakaz ujawnienia informacji technicznych i handlowych jest bezterminowy i rozciąga się na czas po zawarciu umowy. Przebiegu negocjacji nie protokołuje się (por. art. 96 oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie protoko-

łu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹. Powołane wyżej przepisy nakazują ujawnienie ofert, a nie przebiegu negocjacji. Naruszenie art. 57 ust. 6 może prowadzić do powstania odpowiedzialności deliktowej sprawcy. Skutkiem naruszenia zakazu ujawniania informacji przez którąkolwiek ze stron powinno być również unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7.

Art. 58 [Możliwość dokonywania zmian]

Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany będących przedmiotem negocjacji wymagań technicznych i jakościowych dotyczących przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zmienić kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie.

1. Specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest opracować przed wszczęciem postępowania. Ogólne przepisy dotyczące tej problematyki zawarte są w Rozdziale 2 Działu II (Przygotowanie postępowania) Nie oznacza to, że po wszczęciu procedury specyfikacja nie może ulec zmianie.
2. Przepis komentowanego artykułu nie stanowi *lex specialis* w odniesieniu do art. 38 ust. 4. Zamawiający może w trybie negocjacji z ogłoszeniem zmieniać specyfikację istotnych warunków zamówienia nie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, ale w każdym przypadku. Ustawa określa zakres dozwolonych zmian oraz termin, w którym mogą one być dokonane. Zmiany dokonywane na podstawie art. 58 mogą być dokonywane wyłącznie przed zaproszeniem do składania ofert, natomiast zmiany dokonywane na podstawie art. 38 ust. 4 mogą być dokonywane również po zaproszeniu do składania ofert, ale przed upływem terminu do składania ofert. Dokonanie zmian na podstawie art. 58 nie wyłącza możliwości dokonania zmian na podstawie art. 38 ust. 4. W takim przypadku zamawiający wraz z zaproszeniem przekazuje wykonawcom zmienioną SIWZ, w oparciu o art. 57 ust. 4, a następnie po raz kolejny zmienioną SIWZ przekazuje wykonawcom, w oparciu o art. 38 ust. 4 pkt 1. W kolejnej modyfikacji SIWZ obowiązują rygory wynikające z art. 38 ust. 5.
3. W omawianym przepisie określony został zakres dozwolonych zmian. Po negocjacjach zamawiający może zmienić wymagania techniczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia oraz warunki umowy określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zakres zmian dozwolonych na podstawie art. 38 ust. 4 jest znacznie szerszy, bowiem mogą one dotyczyć wszelkich postanowień specyfikacji, z wyjątkiem kryteriów oceny ofert (art. 38 ust. 5). W trybie negocjacji z ogłoszeniem wyjątkowo kryteria oceny ofert i ich znaczenie mogą być modyfikowane (art. 58 *in fine*).

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 646.

Art. 59 [Zaproszenie do składania ofert]

1. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, z którymi prowadził negocjacje.
2. W zaproszeniu do składania ofert zamawiający informuje wykonawców o:
 - 1) dniu i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 54;
 - 2) dokonanych zmianach specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 3) miejscu i terminie składania oraz otwarcia ofert;
 - 4) obowiązku wniesienia wadium;
 - 5) terminie związania ofertą.
3. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

1. Przepis ust. 1 nakazuje zamawiającemu zaprosić do składania ofert wszystkich wykonawców, z którymi prowadził negocjacje. Nie służy mu uprawnienie do dokonywania selekcji wykonawców po podjęciu z nimi negocjacji. Prawo do złożenia oferty służy każdemu wykonawcy, z którym zamawiający prowadził negocjacje. Pominięcie któregośkolwiek daje mu możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 i nast. Wykonawca może jednak, po doręczeniu mu zaproszenia, zrezygnować ze złożenia oferty. Rezygnacja taka nie wywołuje jakichkolwiek ujemnych dla wykonawcy skutków prawnych. Wydaje się, że może on zrezygnować z dalszego uczestnictwa w postępowaniu także w czasie negocjacji, a więc przed wystosowaniem doń zaproszenia do składania ofert. Zamawiający nie ma wówczas obowiązku skierowania do takiego wykonawcy zaproszenia. Gdy wykonawca decyduje się wnieść ofertę, musi to uczynić w formie przewidzianej w art. 82 ust. 1. Treść oferty musi być zgodna z SIWZ (art. 82 ust. 3).
2. Przepis ust. 2 określa kompletną treść zaproszenia do składania ofert. Zamawiający nie powinien w zaproszeniu tym zamieszczać innych informacji aniżeli wskazane w komentowanym przepisie. Wykonawcy otrzymują od zamawiającego oryginalną wersję specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 57 ust. 4) oraz informację (w treści zaproszenia) o dokonanych w niej zmianach. Jest oczywiste, że treść zaproszenia musi być jednobrzmiąca dla wszystkich wykonawców.
3. Termin składania ofert oznaczony co do dnia i godziny powinien uwzględniać czas niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty. Nie może on być krótszy niż 10 dni. Termin ten biegnie nie od dnia doręczenia zaproszenia, lecz od daty przekazania zaproszenia. Jak się wydaje w zamówieniach na roboty budowlane obejmujące tak prace projektowe, jak i wykonanie tych robót zamawiający powinni wyznaczać dłuższe terminy do składania ofert aniżeli termin minimalny przewidziany w art. 59 ust. 3.

Art. 60 [Odesłania]

Do negocjacji z ogłoszeniem stosuje się przepisy art. 45 i 46.

1. Przepisy o wadium (art. 45 i art. 46) stosuje się do negocjacji z ogłoszeniem wprost, a nie odpowiednio. Oznacza to, że jeśli wartość zamówienia przekracza w negocjacjach z ogłoszeniem równowartość 60 000 euro zamawiający ma obowiązek żądania wniesienia wadium, gdy zaś wartość zamówienia nie przekracza równowartości 60 000 euro rozstrzygnięcie o stosowaniu wadium pozostawiono jego uznaniu. Termin wniesienia wadium zamawiający wskazuje w zaproszeniu do składania ofert. Wprawdzie informację o wadium zawiera już ogłoszenie (art. 56 ust. 2 pkt 9), ale nie oznacza to, że zamawiający może żądać zapłaty wadium przed podjęciem negocjacji. Do wniosku takiego prowadzą dyrektywy wykładni językowej i systemowej, a zwłaszcza bezpośrednie zastosowanie, a nie odpowiednie w trybie negocjacji z ogłoszeniem art. 45 ust. 3.
2. W zamówieniach sektorowych w negocjacjach z ogłoszeniem zamawiający nie ma obowiązku żądania wadium (por. art. 132 ust. 3 w związku z art. 127 ust. 1). W postępowaniach prowadzonych na zasadach szczególnych nie zastosowano rozwiązania przewidzianego w art. 132 ust. 3.

Oddział 4 Negocjacje bez ogłoszenia

Art. 61 [Definicja]

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

1. Negocjacje bez ogłoszenia są najbardziej zbliżone do przewidzianych w uzp negocjacji z zachowaniem konkurencji. Negocjacje z ogłoszeniem należą do konkurencyjnych zamkniętych trybów udzielania zamówień. W trybie tym nie stosuje się publicznego ogłoszenia o postępowaniu. Wyboru wykonawców dokonuje zamawiający, zapraszając ich następnie do negocjacji a po ich przeprowadzeniu do składania ofert.
2. Negocjacje bez ogłoszenia w kilku ważnych elementach różnią się od negocjacji z ogłoszeniem. Rzecz nie sprowadza się wyłącznie do upublicznienia informacji o postępowaniu, a dotyczy przesłanek stosowania tego trybu, wymaganej zgody Prezesa UZP, wadium, specyfikacji istotnych warunków zamówienia etc.

Art. 62 [Przesłanki stosowania]

- 1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:**
 - 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;**
 - 2) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 99, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;**
 - 3) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;**
 - 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.**
 - 2. Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia wymaga uzyskania uprzedniej zgody Prezesa Urzędu, wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej.**
 - 3. Jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 130 000 euro, zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie ust. 1 pkt 1 wymaga również uprzedniego przekazania Komisji Europejskiej informacji o unieważnieniu postępowania.**
-
1. Przepis komentowanego artykułu przewiduje możliwość podjęcia procedury negocjacji bez ogłoszenia w czterech przypadkach. Każda ze wskazanych w ust. 1 sytuacji stanowi samodzielną przesłankę zastosowania tego trybu. Należy pamiętać, że może on być stosowany nawet w braku przesłanek, o których mowa w tym ustępie w odniesieniu do usług wskazanych w art. 5 ust. 1. Szczególne reguły stosowania tego trybu przewidziano także w odniesieniu do zamówień sektorowych (art. 127 ust. 2) oraz zamówień prowadzonych na zasadach szczególnych (art. 137 ust. 1 pkt 3). Tryb negocjacji bez ogłoszenia może otwierać drogę do stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 4).
 2. Postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia można prowadzić, gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie zostały złożone oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone. Dodatkową przesłanką zastosowania tej procedury jest wówczas to, aby pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione (art. 62 ust. 1 pkt 1). Przesłanka ta jest identyczna z przesłanką stosowania

negocjacji z ogłoszeniem wskazaną w art. 55 ust. 1 pkt 1. W istocie te dwa tryby konkurują ze sobą. Zamawiający może wedle swego wyboru zastosować tryb negocjacji z ogłoszeniem albo tryb negocjacji bez ogłoszenia (patrz komentarz do art. 55 ust. 1 pkt 1). Swobodę zamawiającego w tym zakresie ogranicza wyłącznie wartość zamówienia (art. 62 ust. 2 i 3). Warto zwrócić uwagę, że wskazany tryb może być zastosowany nie tylko wówczas, gdy wszystkie oferty odrzucono lub nie złożono jakiegokolwiek oferty w przetargu ograniczonym, ale i wtedy, gdy nie złożono żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. Tezę tę wspiera argumentacja *a maiori ad minus*. W takiej sytuacji zresztą zamawiający unieważnia postępowanie zamówieniowe (art. 93 ust. 1 pkt 1). Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie można prowadzić gdy poprzedzało je wyłącznie postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

3. Zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia można udzielić, gdy poprzedzał je konkurs prowadzony na podstawie art. 99 i nast. Zgodnie z art. 100 ust. 1 pkt 2 nagrodą w konkursie może być zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych.
4. Tryb negocjacji bez ogłoszenia może być stosowany na dostawy szczególnych rzeczy. Mogą być one wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, nie mogą być natomiast produkowane w celu uzyskania zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju (co do znaczenia tych pojęć patrz komentarz do art. 55 ust. 1 pkt 4).
5. Zamawiający może udzielać zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdy zmusza go do tego pilna, niezawiniona przezeń i obiektywnie nieprzewidywalna przyczyna. W braku możliwości dochowania terminów wskazanych w art. 43 w odniesieniu do przetargu ograniczonego, w art. 49 i art. 52 w odniesieniu do przetargu ograniczonego oraz art. 56 ust. 3 i art. 59 ust. 3 w odniesieniu do negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający nie może poprzestać na ustaleniu, że tylko terminu, np. dla przetargu nieograniczonego nie jest w stanie dochować. Musi wyeliminować także możliwość zachowania terminów przewidzianych dla dwóch pozostałych trybów. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia może być spowodowana względami gospodarczymi lub społecznymi.
6. W każdym przypadku, gdy wartość zamówienia przewyższa równowartość kwoty 60 000 euro zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia wymaga uzyskania uprzedniej zgody Prezesa Urzędu. Z wnioskiem o wyrażenie zgody powinien wystąpić zamawiający. Prezes udziela zgody w formie decyzji administracyjnej. Z naciskiem trzeba podkreślić, że zgoda jest wymagana, gdy podstawę zamówienia stanowiąc ma jakikolwiek przypadek uregulowany w art. 62 ust. 1 pkt 1–4. Zgoda Prezesa Urzędu nie jest natomiast wymagana w postępowaniu na zasadach szczególnych. Przepis art. 5 uchyla obowiązek ubiegania się o taką zgodę w przypadku usług wskazanych w tym przepisie.

7. Gdy postępowanie o zamówienie publiczne ma toczyć się na podstawie ust. 1 pkt 1 wymagane jest w szczególnej sytuacji spełnienie nie tylko dodatkowej przesłanki w postaci zgody Prezesa Urzędu, ale i kolejnej, tj. uprzedniego przekazania Komisji Europejskiej informacji o unieważnieniu postępowania. Wymóg ten musi być dochowany dla zamówienia na roboty budowlane, których wartość przewyższa równowartość 5 000 000 euro oraz dla zamówienia na dostawy lub usługi powyżej równowartość 130 000 euro.

Art. 63 [Ogłoszenie]

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

2. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji obowiązany jest podać podstawę prawną zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Jeżeli zamówienia udziela się w tym trybie w postępowaniu uproszczonym (art. 5, art. 127, art. 137), zamawiający obowiązany jest odpowiednio wskazać w zaproszeniu powołane wyżej przepisy (patrz komentarz do art. 41, art. 48, art. 56 i art. 59 ust. 2).
3. Ustawodawca w przepisie ust. 3 i 4 określił minimalną liczbę wykonawców zapraszanych do negocjacji. Obowiązuje w tej materii reguła zapraszania wykonawców w takiej liczbie, która zapewnia właściwą konkurencję, jednak zamawiający nie może zaprosić mniej niż 5. Gdy wartość zamówienia dla robót budowlanych jest wyższa od równowartości 10 000 000 euro, a dla dostaw lub usług 5 000 000 euro ma obowiązek zaproszenia do negocjacji nie mniej niż 7 wykonawców.
4. W obu wskazanych wyżej przypadkach, a więc bez względu na próg wartości zamówienia, w szczególnej sytuacji zamawiający może poniechać zapraszania co najmniej 5 albo co najmniej 7 wykonawców. Specjalistyczny charakter zamówienia może prowadzić do obniżenia liczby minimalnej do 2 wykonawców, gdy tylko nieliczni wykonawcy są w stanie wykonać zamówienie. Pojęcie specyfiki przedmiotu zamówienia występuje w art. 29 ust. 3 *in fine*. W przypadku uregulowanym w tym właśnie miejscu prowadzenie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia może okazać się uzasadnione.
5. Minimalna liczba zaproszonych do negocjacji może być wyższa. Dzieje się tak, gdy negocjacje bez ogłoszenia prowadzi się w oparciu o art. 62 ust. 1 pkt 1. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest zaprosić do negocjacji co najmniej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu nieograniczonym albo ograniczonym, z tym zastrzeżeniem, że liczba zaproszonych nie może być niższa od odpowiednio 5 albo 7 wykonawców w zależności od wartości zamówienia, a w wyjątkowej sytuacji, ze względu na specyficzny charakter zamówienia – 2 wykonawców. Przepis ust. 4 nakazuje zaprosić do negocjacji tych wykonawców, którzy w przypadku przetargu nieograniczonego złożyli ofertę, a nie spełniali warunków udziału w postępowaniu. Prawnie doniosły jest bowiem, w myśl regulacji zawartej w ust. 4, wyłącznie fakt złożenia oferty. Zarówno w przypadku przetargu nieograniczonego, jak i przetargu ograniczonego prawnie indyferentne, z punktu widzenia stosowania ust. 4, jest odrzucenie oferty konkretnego wykonawcy. Nawet wówczas, gdy jego ofertę odrzucono należy zaprosić go do negocjacji. Do powyższych wniosków prowadzą dyrektywy wykładni językowej i systemowej.

Art. 64 [Zaproszenie do składania ofert]

1. **Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty.**
2. **Zapraszając do składania ofert zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Przepisy art. 45 ust. 3–8 i art. 46 stosuje się.**

3. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisu art. 36 ust. 1 pkt 5 nie stosuje się.

1. Komentowany przepis mniej formalizuje wymogi dotyczące zaproszenia do składania ofert, jednakże jego interpretacji należy dokonywać w zestawieniu z treścią art. 65, w którym zawarto odesłanie do art. 59 ust. 1 i ust. 2. Ustawodawca nie określa minimalnego terminu, który zamawiający obowiązany jest dochować wyznaczając wykonawcom termin do składania ofert. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie może wyznaczać różnych terminów dla różnych wykonawców biorąc pod uwagę indywidualne możliwości każdego z nich w zakresie przygotowania i złożenia oferty. Treść zaproszenia, w tym terminu do składania ofert, powinna być identyczna dla wszystkich wykonawców.
2. Zaproszenie zamawiający obowiązany jest skierować do wszystkich wykonawców wyrażających wolę złożenia ofert, z którymi prowadził on negocjacje. Teza ta ma potwierdzenie przede wszystkim w treści art. 65, który odsyła m. in. do art. 59 ust. 1. Uzasadnia tę tezę także samo brzmienie art. 61 *in fine*. Użycie w tym przepisie zaimka „ich” przesądza o potrzebie przekazania zaproszenia wszystkim wykonawcom, z którymi zamawiający prowadził negocjacje.
3. W negocjacjach bez ogłoszenia nie stosuje się art. 45 ust. 1 i ust. 2. Oznacza to, że w tym trybie wadium jest fakultatywne, niezależnie do wartości zamówienia. Wyłącznie od woli zamawiającego zależy, czy zechce on zastosować wadium. Termin wniesienia wadium ogłaszany jest w zaproszeniu do składania ofert, nie zaś w zaproszeniu do negocjacji. Wysokość i formy wadium określa art. 45 ust. 4 – 8, natomiast art. 46 reguluje zagadnienie zwrotu wadium. W tym zakresie zamawiającemu nie pozostawiono swobody. Może on podjąć decyzję o stosowaniu albo niestosowaniu wadium. Nie może natomiast zmieniać reguł dotyczących ustalania wysokości wadium, sposobu jego wnoszenia i zwrotu.
4. Zamawiający kierując do wykonawców zaproszenie do składania ofert przekazuje im specyfikację istotnych warunków zamówienia. Nie powinna ona zawierać informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7. W negocjacjach bez ogłoszenia zastosowano w tym zakresie identyczną konstrukcję, jak w negocjacjach z ogłoszeniem (por. art. 36 ust. 1 pkt 5). Nie jest jasne dlaczego treść art. 64 ust. 3 odbiega od treści art. 57 ust. 4. W obu trybach specyfikację doręcza się wykonawcom w tym samym momencie.

Art. 65 [Odesłania]

Do negocjacji bez ogłoszenia przepisy art. 57 ust. 5 i 6, art. 58 oraz art. 59 ust. 1 i 2 stosuje się odpowiednio.

1. Przepis tego artykułu jest blankietowy. W trybie negocjacji bez ogłoszenia odpowiednio stosuje się art. 57 ust. 5 i 6, art. 58 oraz art. 59 ust. 1 i 2. W tym zakresie postępowanie prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie różni się od procedury prowadzonej w trybie negocjacji z ogłoszeniem.
2. Obowiązuje reguła poufności negocjacji. Przewiduje się możliwość dokonywania przez zamawiającego zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający ma obowiązek zaproszenia do składania ofert wszystkich wykonawców wyrażających wolę złożenia ofert z którymi prowadził negocjacje, a zaproszenie powinno mieć treść wskazaną w art. 59 ust. 2. W trybie negocjacji bez ogłoszenia nie stosuje się art. 59 ust. 3.

Oddział 5

Zamówienie z wolnej ręki

Art. 66 [Definicja]

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

1. Treść komentowanego artykułu odbiega od treści art. 70 ustawy o zamówieniach publicznych. W przepisie tym użyto pojęcia „negocjacje” zastępując termin „rokowania”, którym prawodawca posłużył się w poprzednio obowiązującej ustawie. Terminologia została zatem dostosowana do zmienionej treści art. 72 Kc oraz nazewnictwa przyjętego w Pzp, gdzie przyjęto, jak wiadomo, trzy procedury „negocjacyjne”. Postępowania te różnią się kręgiem adresatów. W trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający prowadzi negocjacje wyłącznie z jednym wykonawcą, co oznacza, że nie on ma cech procedury konkurencyjnej.
2. Negocjacje prowadzone tylko z jednym wykonawcą nie muszą prowadzić do zawarcia umowy z tym właśnie wykonawcą. Jeżeli występują przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki zamawiający może po unieważnieniu postępowania przystąpić do negocjacji z kolejnym wykonawcą. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki może mieć miejsce gdy wystąpi jedna z przyczyn unieważnienia wskazana w art. 93 ust. 1. Chodzi o sytuację, w której wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz o przypadek, w którym postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W braku unieważnienia postępowania możliwość prowadzenia negocjacji z kolejnymi wykonawcami wydaje się być wysoce wątpliwa, zwłaszcza w sytuacji unormowanej w art. 67 ust. 1 pkt 1.

Art. 67 [Przesłanki stosowania]

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
 - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,
 - c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;
 - 2) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 99, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;
 - 3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;
 - 4) w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
 - 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 20% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
 - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
 - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego;
 - 6) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego;
 - 7) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełnia-

- jących, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego.
2. Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, zastosowanie trybu z wolnej ręki wymaga uzyskania uprzedniej zgody Prezesa Urzędu, wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej.
 3. Przepisu ust. 2. nie stosuje się w przypadku zamówień, których przedmiotem są:
 - 1) dostawy wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;
 - 2) dostawy energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej;
 - 3) dostawy gazu z sieci gazowej;
 - 4) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej;
 - 5) powszechne usługi pocztowe w rozumieniu ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. Nr 130, poz. 1188);
 - 6) usługi przewozu kolejowego.
 4. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 3, nie stosuje się przepisów art. 19–21, 24, art. 26 ust. 1–3 i art. 68.
1. Zasada prymatu trybów przetargowych ma ten skutek, że tryby pozaprzetargowe mogą być stosowane wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. Przepis ust. 1 enumeratywnie wskazuje przypadki, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Przesłanki stosowania tego trybu wskazano alternatywnie, nie zaś kumulatywnie. Oznacza to, że do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wystarczy wystąpienie tylko jednej z przesłanek wskazanych w tym przepisie. Treść ust. 1 rozstrzyga tę kwestię jednoznacznie.
 2. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Sądu Najwyższego wypowiedziano tezę o potrzebie ścisłej interpretacji przepisu art. 71 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych. Pozostaje to w pełni aktualne pod rządami art. 67 Pzp. Tryb zamówienia z wolnej ręki można zatem zastosować tylko w sytuacjach ściśle określonych przez ustawę¹. W jednym z orzeczeń Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że ustawa dopuszcza odstępianie od trybu przetargowego, jak również od innych przewidzianych ustawą trybów opartych na zasadzie konkurencyjności w ściśle określonych tą normą przypadkach, zezwalając

¹ Wyrok NSA z 3.11.1999 r. sygn. akt I SA 2128/98 – nie publik.; wyrok NSA z 22.03.2000 r., sygn. akt II SA 2169/99 – nie publik.; wyrok NSA z 28.05.1999 r., sygn. akt I SA 2226/98 – nie publik.

na udzielenie wówczas zamówienia z wolnej ręki tj. udzielenia zamówienia po rokovaniach tylko z jednym dostawcą lub wykonawcą. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 lipca 2001 r. III RN 16/01 (OSNP 2001/22/657) stwierdził z kolei, że przepis art. 71 ust. 1 uzp który stanowi, że zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu.

3. Przepis ust. 1 wskazuje siedem przypadków, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Ustawa o zamówieniach publicznych, w brzmieniu przed jej uchyceniem, przewidywała sześć takich sytuacji. Obecnie zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.
4. Wedle stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego¹, przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy o zamówieniach publicznych (art. 67 ust. 1 pkt 3). Pogląd powyższy podzielił Sąd Najwyższy, stwierdzając w uzasadnieniu wyroku z 6 lipca 2001 r. III RN 16/01², że skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest dopuszczalne wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko znanego mu już wcześniej wykonawcy. Z przepisu ust. 1 pkt 1, podobnie jak z art. 71 ust. 1 pkt 3 uzp wynika jednoznacznie, że przesłanka prawna jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca – monopolista świadczący tego rodzaju szczególne usługi. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której – obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie istnieje dwu lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim wypadku decyzja o tym, któremu z nich udzielić zamówienia publicznego powinna być podjęta w innym trybie (trybie konkurencyjnym). Przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest

¹ Wyrok z 11.09.2000 r. sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001/1/39.

² OSNCP 2001/22/657.

w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 uzp (aktualnie art. 67 ust. 1 pkt 1) – tak NSA w wyroku z 11 września 2000¹. Udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki dotyczyć musi ponadto w każdym wypadku jedynie konkretnej usługi, która jest przedmiotem danego postępowania, a umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może być zawierana na czas nieokreślony (tak Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej wyroku).

5. Każdy z przypadków wskazanych w ust. 1 pkt 1 sam w sobie uzasadnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Najmniej precyzyjnie oznaczony jest przypadek pierwszy, w którym o możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki decydują przyczyny techniczne. Z przyczynami technicznymi mamy do czynienia, gdy świadczący usługi ma monopol naturalny na dany typ usługi. Sytuacja taka może występować np. w dziedzinie niektórych usług telekomunikacyjnych, których dotyczy Pzp, w dziedzinie usług pocztowych lub innych usług, w których wykonawca ma pozycję monopolisty. Przyczyną techniczną może być konieczność zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów². Zamówienie z wolnej ręki, udzielone na podstawie ust. 1 pkt 1 lit. a musi mieć charakter jednoznacznie wypływający z uprzednich norm, parametrów i standardów, a ich jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Może to mieć miejsce, gdy z uwagi na unikatowe, niepowtarzalne cechy uprzednich prac wykonanych w następstwie uprzedniego zamówienia istnieją trudności w znalezieniu wykonawcy, materiałów czy rodzaju prac. Zbliżone parametry czy normy nie są przesłanką pozwalającą na zastosowanie zamówienia z wolnej ręki³. Przyczyny techniczne najczęściej pozostają w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. W ogólnych przepisach dotyczących przedmiotu zamówienia mowa o cechach i wymaganiach technicznych (patrz komentarz do art. 29–31). Od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne i gospodarcze. Przyczyny organizacyjne same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Przyczyny gospodarcze mogą uzasadniać udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie ust. 1 pkt 5 lit. a.
6. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Chodzi w szczególności o przypadki związane z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁴ oraz o przypadki związane z ochroną pa-

¹ Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664 z późn. zm.

² Por. J. Pieróg, *Zamówienia publiczne*, Warszawa 2003 r., s. 274.

³ Tak NSA w uzasadnieniu wyroku z 3.11.1999 r., sygn. akt I SA 2128/98.

⁴ Dz. U. z 2000 r., Nr 80, poz. 904 z późn. zm. tekst jednolity.

tentową i ochroną innych praw wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy Prawo własności przemysłowej¹. Warto podkreślić, że zamówienia z wolnej ręki można udzielić na podstawie ust. 1 pkt 1 lit. b, gdy ochrona praw wyłącznych udzielana jest *ex lege*. Kontraktowa ochrona przyznanego umowie prawa ekskluzywnego nie uzasadnia zastosowania tego trybu. Z powyższych względów w umowach dotyczących zamówień publicznych nie powinny być zamieszczone wskazane wyżej klauzule.

7. Przepis ust. 1 pkt 1 lit. c przewiduje możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Wywoływać to może pewne wątpliwości. Usługi, dostawy lub roboty budowlane w zakresie działalności twórczej lub artystycznej mogą być bowiem wykonane, co wynika z ich natury, nie tylko przez jednego wykonawcę. Właściwość wykonawcy, jego pozycja i reputacja twórcza lub artystyczna mają decydujące znaczenie w związku z udzieleniem zamówienia, nie zaś okoliczność, że tylko jeden artysta, jeden twórca może zrealizować takie zamówienie. Pojęcie działalności artystycznej oraz działalności twórczej nie zostało zdefiniowane w obowiązujących przepisach prawnych. Legalną definicję różnorodnych utworów zawarto jednak w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych². Pojęcie działalności twórczej i artystycznej nie jest tożsame ze świadczeniem usług w zakresie kultury (patrz komentarz do art. 5 ust. 1 pkt 11).
8. Szczególne trudności kwalifikacji określonej działalności jako działalności twórczej lub artystycznej mogą wiązać się z utworami audiowizualnymi i prawami do ich artystycznych wykonań. Zgodnie z art. 69 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych podstawową przesłanką uznania określonej osoby za współtwórcę utworu audiowizualnego jest wniesienie wkładu twórczego w jego powstanie, przy czym wkład tej osoby musi spełniać kryteria wynikające z art. 1 ust. 1 tej ustawy (działalność twórcza o indywidualnym charakterze, ustalona w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia). Przepis ten wymienia jako współtwórców (nie jest to katalog zamknięty): reżysera, operatora obrazu, twórcę adaptacji utworu literackiego, twórcę stworzonych dla utworu audiowizualnego utworów muzycznych lub słowno-muzycznych oraz twórcę scenariusza. Ponadto, przyjmuje się, że status taki mają także osoby wykonujące np. aranżacje określonych utworów wykorzystywanych w przedstawieniach, jak również realizatorów światła i dźwięku, ale pod warunkiem, że realizator jest jednocześnie autorem twórczego projektu udźwiękowienia lub odpowiednio oświetlenia danego spektaklu. Wątpliwości pojawiają się natomiast odnośnie np. kierowników produkcji, którzy co do zasady wykonują pracę o charakterze organizacyjnym, nie wnosząc w powstanie utworu audiowizualnego twórczego wkładu, od czego ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych uzależnia w art. 69 zakwalifikowanie poszczególnych osób do grona

¹ Dz. U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1117 z późn. zm. tekst jednolity.

² Dz. U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 z późn. zm.

współtwórców utworu audiowizualnego. Inną grupą zawodową, która może brać udział w produkcji utworu audiowizualnego są artyści wykonawcy, którym przysługują tzw. prawa pokrewne. Ustawa o Prawie autorskim i prawach pokrewnych nie zawiera zamkniętego wykazu profesji, tworzącego pojęcie artysty wykonawcy. Zgodnie z art. 85 tej ustawy do grupy artystów wykonawców zalicza się w szczególności aktorów, recytatorów, dyrygentów, instrumentalistów, wokalistów, tancerzy oraz inne osoby w sposób twórczy przyczyniające się do powstania wykonania.

9. Przy decydowaniu o możliwości zastosowania art. 67 Pzp kwestia stosowania pięćdziesięcioprocentowych kosztów uzyskania przychodów na podstawie art. 22 ust. 9 pkt 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych¹ nie powinna mieć zasadniczego znaczenia. Zwiększone koszty uzyskania przychodu istotnie przysługują twórcom z tytułu rozporządzania lub korzystania z praw autorskich do stworzonego przez siebie utworu (a także artyście wykonawcy). Uznanie za twórcę lub współtwórcę utworu jest jednak konsekwencją faktu rzeczywistego, twórczego udziału w procesie tworzenia utworu.
10. Powstaje problem czy „działalność twórcza lub artystyczna” w rozumieniu komentowanego artykułu może być świadczona wyłącznie przez osoby fizyczne. Możliwe do przyjęcia są dwa rozbieżne poglądy. Zgodnie z jednym z nich działalność taka może być prowadzona wyłącznie przez osoby fizyczne (niezależnie od tego czy prowadzą one działalność gospodarczą czy też nie). Pogląd taki można opierać przede wszystkim na interpretacji pojęcia „twórca” zawartego w przepisach ustawy o prawie autorskim. Już z samej natury procesu twórczego wynika, że może on dotyczyć jedynie osoby fizycznej. Odmienny pogląd opiera się na założeniu, że „działalność twórcza i artystyczna” może być prowadzona przez wszystkie podmioty (osoby fizyczne lub prawne). Osoby takie, nawet nie będąc twórcami określonych utworów są uprawnione w rozumieniu prawnoprawnym do takiej działalności (np. wykorzystują utwory nabyte od osób trzecich, posługują się artystami wykonawcami działającymi na ich rzecz – teatry, filharmonie). W takim rozumieniu twórcami stawaliby się m.in. pracodawcy twórców w ścisłym tego słowa znaczeniu, którzy nabyli stosowne prawa zgodnie z art. 12 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak również podmioty nie będące pracodawcami dla twórców, którzy na podstawie umowy licencji lub umów przenoszących nabyli prawa autorskie do utworów (np. producenci utworów audiowizualnych, producenci fonogramów i wideogramów etc).
11. Wydaje się, że ograniczenie kręgu podmiotów, którym można udzielić zamówienia „w zakresie działalności twórczej lub artystycznej” wyłącznie do kręgu twórców w wąskim tego słowa rozumieniu byłoby nazbyt daleko idące i niezgodne ze specyfiką tworzenia utworu audiowizualnego, w tym produkcji telewizyjnej. Nie zostałyby również w pełni osiągnięty cel trybu zamówienia z wol-

¹ Dz. U. z 2000 r., Nr 14, poz. 176 z późn. zm.

nej ręki, który stosowany jest wówczas, gdy inny bardziej sformalizowany tryb byłby niemożliwy lub trudny do przeprowadzenia. W świetle ust. 1 pkt 1 lit. c nie jest istotne, czy zamówienie dotyczy np. scenografii audycji wykonywanej przez danego artystę, czy koncertu bądź spektaklu, w którym wykonawcą zamówienia staje się instytucja kultury taka jak teatr lub filharmonia mająca osobowość prawną. Można więc przyjąć, że ust. 1 pkt 1 lit. c odnosi się tak do osób fizycznych, jak i do osób prawnych. Dodatkowe problemy interpretacyjne może stwarzać określenie wzajemnych relacji terminów „zamówienie z zakresu kultury” oraz „zamówienie z zakresu działalności twórczej lub artystycznej”. Nie jest w szczególności jasne, czy „zamówienia z zakresu działalności twórczej i artystycznej” mieszczą się w zakresie „zamówień z zakresu kultury”. Przyjęcie takiego założenia musiałoby prowadzić do wniosku, że przepis ust. 1 pkt lit. c jest w zasadzie bezprzedmiotowy. Przyjęcie innej wykładni – zgodnie z którą pojęcia te należy interpretować rozłącznie – oznaczałoby, że w przypadku zamówień „z zakresu działalności twórczej lub artystycznej” udzielenie zamówienia z wolnej ręki wymaga uprzedniej zgody Prezesa Urzędu, jeżeli wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty 60 000 euro (art. 67 ust. 2).

12. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, gdy przeprowadzono konkurs, a w konkursie tym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Legalną definicję konkursu zawarto w art. 99. Możliwość ustanowienia w konkursie nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej przewidziano w art. 100 ust. 1 pkt 3. Przedmiotem zamówienia, gdy nagrodą w konkursie jest zamówienie z wolnej ręki, jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 100 ust. 2). Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, że nagrodą w konkursie może być także zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia.
13. Interpretacja ust. 1 pkt 3 jest szczególnie trudna. Ustawodawca posłużył się w nim bowiem zwrotem „natychmiastowe wykonanie zamówienia”. Nie bardzo wiadomo, jak odróżnić „pilną potrzebę udzielenia zamówienia” (art. 62 ust. 1 pkt 4) od wymogu natychmiastowego wykonania zamówienia. Można jednak przyjąć, że „natychmiast” znaczy szybciej niż „pilnie”. W istocie z potrzebą natychmiastowego udzielenia zamówienia mamy do czynienia, gdy zamawiający znalazł się w sytuacji, w której musi udzielić zamówienia „z dnia na dzień”. Równie trudne jest ustalenie zakresu znaczeniowego „wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć”. Warto jednak zwrócić uwagę, że w komentowanym przepisie posłużono się identyczną terminologią, jak w art. 62 ust. 1 pkt 4. Wyjątkowość sytuacji zawiniona przez zamawiającego pozbawia go zatem możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (odmiennie aniżeli w uzp). Wykładnia i stosowanie ust. 1 pkt 3 musi mieć na względzie, że w tym przypadku chodzi o okoliczności obiektywnie nieprzewidywalne, tzn. takie, których zamawiający nie mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności, a których zaistnienie

nie stwarza równocześnie konieczność niezwłocznego udzielenia zamówienia publicznego¹.

14. Terminy, o których mowa w ust. 1 pkt 3 określono w art. 43 (przetarg nieograniczony), art. 49 (przetarg ograniczony), art. 59 (negocjacje z ogłoszeniem), oraz art. 64 (negocjacje bez ogłoszenia). W związku z treścią tego przepisu pozostaje problem ewentualnej konkurencji bądź hierarchizacji trybu negocjacji bez ogłoszenia z trybem zamówienia z wolnej ręki. Mając na uwadze zasady wykładni językowej i systemowej uprawniony wydaje się pogląd, że w braku możliwości zachowania terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem zamawiający powinien zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia. Dopiero przy braku możliwości dochowania terminów przewidzianych dla negocjacji bez ogłoszenia w wyjątkowych sytuacjach zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki.
15. W postępowaniu na zasadach szczególnych zamawiający może udzielić zamówienia niezależnie od wystąpienia ustawowych przesłanek wyboru trybu, a udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie ust. 1 pkt 3 zwolniony jest z szeregu obowiązków (patrz komentarz do art. 136 ust. 2, art. 137 ust. 1 pkt 3 i art. 138 ust. 1). Szczególne reguły stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przewidziano w zamówieniach sektorowych (patrz komentarz do art. 127 ust. 3 i 4).
16. Zasada prymatu procedur przetargowych oddziałuje na kolejność stosowania trybów udzielania zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek prowadzenia w pierwszej kolejności procedur przetargowych. Jeśli przetarg nieograniczony albo przetarg ograniczony nie da rezultatu (nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone), zamawiający obowiązany jest do stosowania negocjacyjnych procedur konkurencyjnych (negocjacje z ogłoszeniem albo negocjacje bez ogłoszenia – art. 55 ust. 1 pkt 1, art. 62 ust. 1 pkt 1). Dopiero gdy w kolejnych procedurach przetargowych i negocjacyjnych postępowaniach konkurencyjnych (negocjacje z ogłoszeniem i bez ogłoszenia) nie złożono żadnej oferty lub wszystkie oferty, odrzucono otwiera się droga zamówienia z wolnej ręki na podstawie ust. 1 pkt 4 komentowanego artykułu. W praktyce zamawiający, aby zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki musi najpierw zastosować tryb przetargu nieograniczonego albo ograniczonego. Następnie po odrzuceniu wszystkich ofert bądź unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 obowiązany jest zastosować jeden z trybów procedur negocjacyjnych. Gdy negocjacje z ogłoszeniem albo bez ogłoszenia doprowadzą do skutków wskazanych w art. 89 albo art. 93 ust. 1 pkt 1 zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Zastosowanie tego trybu jest możliwe gdy pierwotne warunki zamówienia dotyczące w szczególności przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert nie zostają w istotny sposób zmienione. Istot-

¹ Tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 6.07.2001 III RN/01/- OSNCP 2001/22/657.

na zmianę pierwotnych warunków zamówienia uniemożliwia zatem udzielenie zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 4.

17. Przepis ust. 1 pkt 5 dotyczy wyłącznie usług i robót budowlanych, nie stosuje się więc go do dostaw. Posłużono się w nim pojęciem zamówienia podstawowego oraz pojęciem zamówień dodatkowych. Pojęć tych nie zdefiniowano w przepisach Pzp. Warto zwrócić uwagę, że w kolejnych przepisach ust. 1 – pkt 6 i 7 występuje pojęcie zamówienia podstawowego oraz zamówień uzupełniających. Należy uznać, że zamówieniem podstawowym jest zamówienie dotyczące przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Zamówienia uzupełniające to powtarzane zamówienie tego samego rodzaju jak zamówienie podstawowe, o których w SIWZ zawarto stosowną informację. Zamówienia dodatkowe to zamówienia nie przewidziane w SIWZ, które nie są, a w każdym razie nie muszą być zamówieniami tego samego rodzaju jak zamówienie podstawowe. Zamówienia dodatkowe muszą być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Obiektywnie konieczność udzielania zamówienia dodatkowego musi być wcześniej, tzn. przed udzieleniem zamówienia podstawowego nieprzewidywalna. Zamówienia dodatkowe nie mogą przekraczać 20% wartości realizowanego zamówienia. Zamówień dodatkowych można udzielać – na podstawie ust. 1 pkt 5 – kilkakrotnie. Istotne jest, aby ich łączna wartość nie przekroczyła 20% wartości zamówienia ustalonego w umowie o zamówienie podstawowe, a zamówienia dodatkowe były niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Oznacza to, że bez zamówień dodatkowych wykonawca nie mógłby wykonać albo nie byłby w stanie należycie wykonać umowy. Komentowany przepis może pozostawać w związku z jakimkolwiek innym trybem udzielania zamówień publicznych. Zamówienia dodatkowe mogą być więc udzielane w oparciu o tę podstawę prawną zarówno wówczas, gdy zamówienia podstawowego udzielono po przeprowadzeniu procedury przetargowej (przetarg nieograniczony albo przetarg ograniczony), jak i po przeprowadzeniu negocjacyjnego postępowania „konkurencyjnego” (negocjacje z ogłoszeniem albo negocjacje bez ogłoszenia). Od zamówień dodatkowych należy odróżnić tzw. prawo opcji (patrz komentarz do art. 34 ust. 5).
18. Podstawę ustalenia wartości zamówień dodatkowych stanowi wartość przedmiotu zamówienia przyjęta w umowie. Wartość ta obejmuje zatem podatek od towarów i usług (VAT). Samą wartość zamówienia dodatkowego ustala się jednak bez podatku od towarów i usług. Zamawiający ustalając wartość zamówienia powinien zatem dokonać następującej operacji: ustalić wartość zamówienia podstawowego – całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy powiększone o podatek VAT oraz obliczyć 20% wartości zamówienia podstawowego i tym samym określić wartość zamówienia dodatkowego bez podatku VAT (patrz komentarz do art. 32 ust. 1).
19. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki do zamówień dodatkowych jest uzależnione od spełnienia jednej z dwóch dalszych przesłanek. Pierwsza z nich

to przyczyny techniczne lub gospodarcze które sprawiają, że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego powodowałoby konieczność poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. „Przyczyny techniczne” omówione zostały wyżej. Przyczyny gospodarcze są w istocie tożsame z przyczynami ekonomicznymi. W odniesieniu do relacji kosztów należy mieć na uwadze zarówno koszty prowadzenia kolejnych procedur przetargowych lub negocjacyjnych, jak i szacowaną wartość zamówienia dodatkowego udzielonego po przeprowadzeniu tych postępowań. Druga przyczyna to wystąpienie sytuacji, w której wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Może ona występować alternatywnie, bowiem w komentowanym przepisie użyto funktora alternatywy nierozłącznej „lub”. W celu sprawdzenia, czy przyczyna ta występuje w konkretnym przypadku należy przeprowadzić test *conditio sine qua non*. Jeżeli zamówienie podstawowe może być zrealizowane w pełnym zakresie bez potrzeby udzielania jakichkolwiek dalszych zamówień, zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki do dalszych zamówień jest nieuzasadnione. Jeżeli wskazany wyżej test da wynik pozytywny, dalsze zamówienia należy uznać za zamówienia dodatkowe w rozumieniu ust. 1 pkt 5, a zamawiający będzie uprawniony do udzielania tych zamówień w trybie z wolnej ręki. Zamówienia z wolnej ręki na podstawie komentowanego przepisu można udzielić wyłącznie wykonawcy zamówienia podstawowego. Zamawiający nie ma kompetencji do udzielenia jakiegokolwiek zamówienia dodatkowego innemu wykonawcy.

20. Treść ust. 1 pkt 6 i 7 pozostaje w związku z art. 36 ust. 1 pkt 5 i dotyczy zamówień uzupełniających, wyłącznie w zakresie usług i robót budowlanych. Tryb zamówienia z wolnej ręki może być zastosowany przez zamawiającego tylko wówczas, gdy zamówienia podstawowego udzielono w trybie przetargowym. Uprzednie stosowanie trybów negocjacyjnych wyłącza możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu (odmiennie aniżeli w przypadku unormowanym w ust. 1 pkt 5). Zamówienie uzupełniające musi być przewidziane w SIWZ i być tego samego rodzaju co oznacza, że musi dotyczyć takich samych usług lub takich samych robót budowlanych. Nie można udzielić zamówień uzupełniających na podstawie ust. 1 pkt 6 na usługi lub roboty budowlane, które miałyby inne nazwy i kody określone w CPV aniżeli zamówienie podstawowe. Przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających (art. 32 ust. 3).
21. Termin, o którym mowa w ust. 1 pkt 6 należy liczyć od dnia zawarcia umowy, bowiem dzień ten jest zwykle dniem udzielenia zamówienia. Zamówienia uzupełniające nie mogą być większe aniżeli 20% zamówienia podstawowego, a także przekraczać wielkości wskazanej w SIWZ jeśli zamawiający określił ją na poziomie niższym niż dopuszczony ustawą. Zamówień tych można udzielać kilkakrotnie o tyle, o ile przewidziano to w SIWZ, a kolejne zamówienia uzupełniające dotyczą przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji. Zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy zamówienia podstawowego.

W odniesieniu do przedmiotu zamówienia patrz komentarz do art. 29–31, w odniesieniu do zawartości SIWZ patrz komentarz do art. 36.

22. Przepis ust. 1 pkt 7 dotyczy wyłącznie dostaw udzielonych wykonawcy zamówienia podstawowego. Zamówienie uzupełniające polega w tym przypadku na rozszerzeniu dostawy. Ewentualna zmiana wykonawcy mogłaby prowadzić do konieczności nabywania przez zamawiającego rzeczy o innych cechach (parametrach) technicznych. Wzajemne niedostosowanie sprzętu, urządzeń (brak kompatybilności) może z kolei prowadzić do powstania znacznych trudności technicznych w użytkowaniu i dozorze sprzętu (urządzeń, maszyn etc.). Mając na uwadze te okoliczności ustawodawca przewidział możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki na rzeczy o tych samych parametrach. Pozostałe przesłanki stosowania tego trybu na podstawie omawianego przepisu nie różnią się od przesłanek wskazanych w ust. 1 pkt 6.
23. Wystąpienie pozytywnych przesłanek zamówienia z wolnej ręki wymienionych w ust. 1 pkt 1 – 7 nie uprawnia zamawiającego do zastosowania tego trybu, gdy wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość 60 000 euro. W takiej sytuacji zamówienie z wolnej ręki musi być poprzedzone zgodą Prezesa Urzędu. Ustalenia wartości zamówienia dotyczą art. 32–35.
24. Warto zwrócić uwagę, że w przepisie ust. 2 wyraźnie mówi się o zgodzie uprzedniej. W uzp (art. 71a) przewidywano obowiązek zatwierdzenia trybu z wolnej ręki, co mogło wywoływać wątpliwości dotyczące możliwości wydania tzw. zgody następczej. Orzecznictwo już w owym czasie przesądziło tę kwestię. NSA w wyroku z 22 kwietnia 1999 r. I SA 1008/98¹ wypowiedział pogląd, że ten kto udziela zamówienia z wolnej ręki przed przystąpieniem do jego realizacji musi postarać się o zatwierdzenie dokonanego trybu przez Prezesa Urzędu. Zgoda co do trybu musi być udzielona zanim dojdzie do rokowań z wykonawcą. Podobne stanowisko NSA wyraził w wyroku z 22 maja 2000 r. sygn. akt. II SA 254/2000².
25. Zgoda Prezesa Urzędu na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest jednostronnym, władczym rozstrzygnięciem organu administracji państwowej w indywidualnej sprawie, mającym cechy decyzji administracyjnej³ (por. także art. 154 pkt 2). Przy braku zgody umowa w sprawie zamówienia zawarta po udzieleniu zamówienia z wolnej ręki (gdy zgoda taka jest wymagana) jest nieważna. Jeżeli na zamówienie z wolnej ręki jest wymagana zgoda Prezesa, to taka zgoda powinna być wydana w formie decyzji administracyjnej. Ponieważ ustawa wiąże z tym rygor nieważności, nie można odejść od jej treści. Chodzi

¹ Wspólnota 2002/31-32/50.

² Orzeczenie niepublikowane.

³ Patrz wyrok NSA z 20.04.1999 r., sygn. akt. I SA 1008/98 – orzecz. niepublik.

⁴ Wyrok SN z 24.11.2003 r. sygn. akt V CK 474/02 – Wspólnota 2003/25/54.

tu głównie o poddanie zamówień kontroli publicznej¹. Do postępowania o udzielenie zgody stosuje się przepisy Kpa. Postępowanie wszczyna się na żądanie strony. We wniosku zamawiający obowiązany jest nie tylko wskazać przedmiot zamówienia, ale i uzasadnić zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Wniosek powinien także wskazywać wykonawcę z którym miałyby być zawarta umowa, bowiem tylko wówczas Prezes Urzędu może rozstrzygnąć, czy wniosek jest należycie uzasadniony. W braku identyfikacji wykonawcy nie podobna ustalić, czy spełnione są przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Decyzja Prezesa nie mogłaby we wskazanej sytuacji zawierać właściwego uzasadnienia (por. art. 107 §3 Kpa). Patrz także komentarz do art. 55 ust. 2 oraz art. 62 ust. 2.

26. W sześciu przypadkach nie wymaga się zgody Prezesa Urzędu na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Wartość zamówień jest w tych sytuacjach prawnie indyferentna, aczkolwiek aby zastosować ten tryb musi wystąpić jedna z przesłanek wskazanych w ust. 1. Zgoda Prezesa nie jest wymagana w przypadku zamówień na: dostawy wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, dostawy energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej, dostawy gazu z sieci gazowej, dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej, powszechne usługi pocztowe, usługi przewozu kolejowego.
27. Dostawy, o których mowa w ust. 3 pkt 1 podlegają ustawie Prawo wodne². Dostawy wskazane w pkt 2–4 regulują przepisy ustawy Prawo energetyczne³. Przepis pkt 5 odsyła do legalnej definicji powszechnych usług pocztowych zawartej w ustawie Prawo pocztowe⁴. Usługi te polegają na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu: przesyłek listowych do 2000 g, w tym przesyłek poleconych i przesyłek z zadeklarowaną wartością, paczek pocztowych do 10 000 g, w tym z zadeklarowaną wartością, przesyłek dla ociemniałych, doręczaniu nadesłanych z zagranicy paczek pocztowych do 20 000 g, realizowaniu przekazów pocztowych i świadczone są w obrocie krajowym i zagranicznym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w sposób jednolity w porównywalnych warunkach i po przystępnych cenach, z zachowaniem wymaganej prawem jakości oraz z zapewnieniem co najmniej jednego opróżnienia nadawczej skrzynki pocztowej i doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż przez 5 dni w tygodniu (art. 3 pkt 25 Prawa pocztowego). Oznacza to, że w odniesieniu do usług pocztowych nie mających przymiotu usług powszechnych zgoda Prezesa Urzędu nie jest wymagana. Usługi przewozu kolejowego dotyczą tak przewozu towarów jak i osób. Porównaj art. 776 – 793 Kc oraz przepisy ustawy Prawo przewozowe⁵.

¹ Wyrok SN z 24.11.2003 r. sygn. akt V CK 474/02 – Wspólnota 2003/25/54.

² Dz. U. z 2001 r. Nr 115, poz. 1229 z późn. zm.

³ Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1504 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 2003 r. Nr 130, poz. 1188.

⁵ Dz. U. z 2000 r. Nr 50 poz. 601 z późn. zm.

28. Dostaw i usług wskazanych w ust. 3 nie należy mylić z tzw. zamówieniami sektorowymi. Zasady udzielania tych zamówień w trybie z wolnej ręki określa art. 127 ust. 3 i 4. Zgoda Prezesa Urzędu na ich udzielenie w trybie z wolnej ręki w licznych przypadkach również nie jest wymagana (patrz komentarz do art. 127 ust. 4).
29. Do zamówień, których przedmiotem są dostawy i usługi wskazane w ust. 3 stosuje się przepisów o komisji przetargowej (art. 19–21), o wykluczeniu wykonawców (art. 24), o obowiązku składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 1–3, art. 68).

Art. 68 [Spełnianie warunków udziału w postępowaniu]

Najpóźniej z zawarciem umowy wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio.

Przepis tego artykułu precyzuje obowiązki wykonawców związane ze składaniem oświadczeń i przedkładaniem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Gdy wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości 60 000 euro, zamawiający może żądać wyłącznie oświadczenia wykonawcy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Gdy wartość zamówienia przekracza wskazaną wyżej kwotę, zamawiający ma obowiązek żądania, a wykonawca złożenia, nie tylko oświadczenia o spełnieniu warunków, ale również dokumentów potwierdzających ten stan rzeczy. Chodzi przy tym tylko o takie oświadczenie i dokumenty, które zamawiający wskazał w zaproszeniu do złożenia oferty. Patrz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹.

Oddział 6 Zapytanie o cenę

Art. 69 [Definicja]

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

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645.

Zapytanie o cenę jest najmniej skomplikowanym trybem udzielania zamówień publicznych. Zamawiający w trybie tym kieruje zapytanie o cenę dostaw, określonych wyrobów lub usług. Zapytanie kieruje do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza zarazem do składania ofert. Rozdzielenie zapytania o cenę i zaproszenia do składania ofert może sugerować, że chodzi o dwie różne czynności. W istocie chodzi o jedną czynność, której celem jest skłonienie wykonawcy do złożenia oferty. Zapytanie o cenę i zaproszenie do składania ofert mogą być kierowane do wykonawców pisemnie. Ze względu na maksymalną wartość zamówienia, którego może dotyczyć tryb zapytania o cenę, zamawiający może również zastosować uproszczone formy zapytania i zaproszenia (faks, droga elektroniczna – patrz komentarz do art. 28). Zastosowanie uproszczonych form nie uwalnia zamawiającego od obowiązku właściwego dokumentowania postępowania.

Art. 70 [Przesłanki stosowania]

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro.

1. Tryb zapytania o cenę może być stosowany wyłącznie w odniesieniu do dostaw i usług. Zamawiający nie może stosować tego trybu, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Wartość robót jest przy tym okolicznością prawnie indyferentną. Tryb zapytania o cenę nie może być stosowany tak wówczas, gdy wartość robót przewyższa równowartość kwoty 60 000 euro, jak i wtedy, gdy jest ona równa lub niższa od tej kwoty. Może być natomiast stosowany, gdy wartość zamówienia na dostawy lub usługi nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro. Ustalenie wartości zamówienia na dostawy i usługi następuje z zastosowaniem art. 32, art. 34 i art. 35. Należy podkreślić, że trybu zapytania o cenę nie można stosować, nawet za uprzednią zgodą Prezesa UZP, gdy wartość dostaw lub usług przewyższa równowartość w złotych kwoty 60 000 euro.
2. Tryb zapytania o cenę może dotyczyć tylko tych dostaw i usług, które są powszechnie dostępne i mają ustalone standardy jakościowe. Obie cechy przedmiotu zamówienia tj. powszechna dostępność i ustalone standardy jakościowe muszą występować równocześnie (kumulatywnie). Brak jednej z tych cech uniemożliwia zastosowanie trybu zapytania o cenę. Przykładem dostaw wyrobów powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych (chodzi o średni standard) są produkty spożywcze, paliwo, materiały biurowe itp. Za usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych można uznać usługi sprzątnięcia pomieszczeń, mycia szyb, prania, usługi żywienia, proste usługi poligraficzne, usługi translatorskie itp.

Art. 71 [Zaproszenie do składania ofert]

- 1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5.**
- 2. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przesyła specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5, 6, 12 i 20 nie stosuje się.**

1. Zamawiający ma obowiązek zaproszenia do składania ofert właściwej liczby wykonawców. Zaproszenie musi być zarazem kierowane do wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia. Zamawiający musi zatem zbadać przedmiot działalności adresatów zaproszenia i ustalić, iż w praktyce świadczą oni usługi lub dostawy, których dotyczyć ma zamówienie. Najbardziej pomocne w tym zakresie jest badanie rejestru przedsiębiorców, a zwłaszcza wpisów dokonanych w dziale 3 tego rejestru. Zamieszczane tam dane dotyczące przedmiotu działalności przedsiębiorcy według Polskiej Klasyfikacji Działalności¹ (por. art. 40 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz komentarz do art. 3 ust. 1 pkt 3). Ustawa wymaga, aby zaproszenie do składania ofert przekazano co najmniej pięciu wykonawcom. Uzp minimalną liczbę adresatów zaproszenia określała na czterech. W każdym przypadku skierowania zaproszenia do wykonawców ich liczba (ustalona przez zamawiającego – co najmniej 5) musi zapewniać konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Ustawa nie określa maksymalnej liczby wykonawców, do których należy kierować zapytanie i zaproszenie. Niecelowe w praktyce jest występowanie z zapytaniem o cenę do kilkudziesięciu czy nawet kilkunastu wykonawców. Wymogi wyboru najkorzystniejszej oferty określają przepisy art. 82–95, a pojęcie oferty najkorzystniejszej art. 2 pkt 5.
2. Warto podkreślić w tym miejscu, że od zaproszenia do składania ofert należy odróżnić samo złożenie oferty. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 2 wymaga złożenia w trybie zapytania o cenę co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu. W braku co najmniej dwóch ofert zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia.
3. Przepis ust. 2 wymaga stosowania w trybie zapytania o cenę specyfikacji istotnych warunków zamówienia. We wskazanym trybie zamawiający stosuje niejako uproszczoną specyfikację, którą przesyła wykonawcy wraz z zaproszeniem do składania ofert. W trybie zapytania o cenę nie można stosować konstrukcji

¹ Dz. U. z 2001 r., Nr 17, poz. 29 z późn. zm.

zamówień uzupełniających (art. 36. ust. 1 pkt 5 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7). Zamawiający nie może także przewidywać możliwości składania ofert wariantowych. Zakaz ten wynika z samej istoty zamówienia w trybie zapytania o cenę i ma swoje normatywne potwierdzenie w treści art. 71 ust. 2 i art. 83 ust. 1.

4. W trybie zapytania o cenę nie stosuje się wadium oraz konstrukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie znajdują zatem zastosowania przepisy art. 147–151 o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy oraz art. 45–46 o wadium. Zastrzeżenie, że w zapytaniu o cenę nie stosuje się art. 36 ust. 1 pkt 12 stanowi swoiste legislacyjne superfluum. W braku tego zastrzeżenia oraz w braku przepisu odsyłającego (patrz komentarz do art. 73) zamawiający i tak nie mógłby żądać od wykonawców wniesienia wadium.

Art. 72 [Cena oferty]

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

1. Zapytanie o cenę jest trybem, w którym do zawarcia umowy dochodzi w istocie przez ofertę i jej przyjęcie (art. 66 i nast. Kc). Każdy wykonawca może zaproponować tylko jedną cenę. Warto zwrócić uwagę, że w art. 70 mowa o wartości zamówienia, w komentowanym przepisie występuje pojęcie ceny. Jak wiadomo wartość zamówienia nie obejmuje podatku od towarów i usług (art. 32 ust. 1), cena zaś podatek ten obejmuje. Cena zaproponowana przez wykonawcę może zatem przekraczać w złotych równowartość 60 000 euro. Okoliczność ta nie wyłącza możliwości stosowania trybu zapytania o cenę. Wykonawca nie może zmienić zaproponowanej ceny. Przepis art. 72 ust. 1 nie wyłącza jednak stosowania w zapytaniu o cenę art. 84 ust. 1. Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę. Zakaz zmiany ceny dotyczy czasu po upływie terminu do składania ofert.
2. W trybie zapytania o cenę przewidziano zakaz prowadzenia negocjacji w sprawie ceny. Przepis ust. 1 nie wyłącza natomiast możliwości prowadzenia negocjacji w innych sprawach aniżeli cena. Zamawiający może więc prowadzić negocjacje w takich sprawach jak terminy dostaw, miejsce dostaw, spełnienie świadczenia częściami itp.
3. Zamawiający może udzielić zamówienia i zawrzeć umowę wyłącznie z tym wykonawcą, który zaoferował najniższą cenę. Warto podkreślić, że w art. 72 ust. 2 ustawodawca posłużył się pojęciem oferty z najniższą ceną, a nie pojęciem najkorzystniejszej oferty. W przypadku zapytania o cenę oferta z najniższą ceną stanowi jednak ofertę najkorzystniejszą.

Art. 73 [Odesłania]

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

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

Oddział 7 Aukcja elektroniczna

Art. 74 [Definicja]

1. **Aukcja elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji.**
2. **Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie aukcji elektronicznej, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro.**
1. Aukcja elektroniczna stanowi odrębny, samoistny tryb udzielania zamówienia, którego wartość ustalona zgodnie z art. 32 oraz 34 i 35 nie może przekroczyć 60 000 euro. Tryb ten różni się znacznie od pozostałych przewidzianych w ustawie. Poza koniecznością użycia narzędzi informatycznych do jego przeprowadzenia, najistotniejszą różnicą jest możliwość składania w trakcie postępowania więcej niż jednej oferty przez każdego wykonawcę. Odrębną ofertę stanowi bowiem każde postąpienie składane w toku aukcji. Definiując aukcję elektroniczną ustawa nie wprowadza żadnego szczególnego rozumienia samego terminu „aukcja”, przyjmując, że jest to pojęcie, którego znaczenie w języku polskim jest powszechnie zrozumiałe, a w systemie prawnym występuje w art. 70² Kc.

2. Jedną z istotnych cech aukcji jest składanie ofert „na odległość” za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej. Wykonawca, będący użytkownikiem końcowym sieci dokonuje nadania informacji, która w czasie rzeczywistym jest odbierana przez zamawiającego, będącego drugim z końcowych użytkowników sieci. Zamawiający w celu zestandaryzowania formy otrzymywanej informacji zamieszcza na stronie internetowej formularz wypełniany treścią przez wykonawców uczestniczących w aukcji. Zastosowane rozwiązania techniczne muszą przy tym zabezpieczać przekazywane przez wykonawców dane przed ingerencją w ich treść ze strony zamawiającego. Na brak możliwości jakiegokolwiek ingerencji zamawiającego w treść odbieranych danych wskazuje również obowiązek korzystania z urządzeń, które samoczynnie (automatycznie) uszeregują przekazywane dane wg zdefiniowanego kryterium, którym w przypadku aukcji jest cena oferty.
3. Przedmiotem zamówienia udzielanego w trybie aukcji elektronicznej mogą być wyłącznie dostawy, tzn. zgodnie z art. 2 pkt 2 nabycie rzeczy, praw lub innych dóbr. Brak ograniczenia co do rodzaju umowy na podstawie której następuje nabycie oznacza, że w wyniku aukcji może nastąpić zarówno przeniesienie własności na podstawie umowy sprzedaży jak i zawarcie każdej innej umowy wiążącej się z prawem do odpłatnego korzystania z przedmiotu zamówienia. Zgodnie z definicją dostawy może to być w szczególności umowa najmu, dzierżawy, dostawy oraz leasingu. Przedmiotem aukcji mogą być wyłącznie dostawy powszechnie dostępne, tzn. mające charakter seryjny, masowy, popularny i z tych przyczyn łatwe do osiągnięcia. Muszą mieć one przy tym ustalone standardy jakościowe, tzn. stosunkowo trwałe, rzadko podlegające zmianie oraz dokładnie określone albo znormalizowane cechy w zakresie jakości.
4. W trybie aukcji elektronicznej nie można udzielić zamówienia na roboty budowlane oraz usługi. Nie jest również możliwe udzielenie w tym trybie zamówienia wielorodzajowego, nawet w sytuacji, gdy zgodnie z postanowieniami art. 6 ust. 1 lub 2 do takiego zamówienia należałoby zastosować przepisy dotyczące dostaw. Usługi stanowiące wówczas drugą, poza dostawami, część zamówienia nie spełniały bowiem w sposób oczywisty wymogu dostaw powszechnie dostępnych o ustalonych jakościowych standardach, a tylko te mogą być przedmiotem aukcji.

Art. 75 [Wszczęcie postępowania]

1. **Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie aukcji elektronicznej, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu na swojej stronie internetowej oraz stronie, na której będzie prowadzona aukcja.**
2. **Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w ust. 1, zawiera co najmniej:**
 - 1) **nazwę (firmę) i adres zamawiającego;**
 - 2) **określenie trybu zamówienia;**
 - 3) **określenie przedmiotu zamówienia;**

- 4) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych;
 - 5) sposób postępowania w toku aukcji elektronicznej, w szczególności określenie minimalnych wysokości postąpień;
 - 6) informacje o liczbie etapów aukcji elektronicznej i czasie ich trwania;
 - 7) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej;
 - 8) termin otwarcia oraz termin i warunki zamknięcia aukcji elektronicznej;
 - 9) opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
 - 10) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - 11) termin związania ofertą;
 - 12) termin wykonania zamówienia;
 - 13) wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
 - 14) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo ogólne warunki umowy, albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;
 - 15) adres strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna.
1. Momentem wszczęcia postępowania w trybie aukcji elektronicznej jest publikacja ogłoszenia zamieszczanego na własnej stronie internetowej oraz na stronie internetowej, na której akcja będzie prowadzona. Jeśli zamawiający zamierza przeprowadzić aukcję wykorzystując własne strony internetowe, wówczas obowiązek ogłoszenia będzie spełniony poprzez zamieszczenie ogłoszenia tylko na tej stronie. W przypadku aukcji, odmiennie niż w pozostałych, poprzedzanych ogłoszeniem trybach udzielania zamówień zamieszczenie ogłoszenia na własnej stronie internetowej jest obowiązkowe. Oznacza to, że zamówień w trybie aukcji elektronicznej nie mogą udzielać zamawiający, którzy nie posiadają strony internetowej. Nie jest to możliwe nawet wówczas, gdyby zamierzali przeprowadzić aukcję na wynajętej platformie.
 2. Postępowanie prowadzone w trybie aukcji elektronicznej, podobnie jak w pozostałych trybach udzielania zamówień, przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Nie zmienia tego możliwość korzystania z innych niż własne strony internetowych, która nie jest równoznaczna z uprawnieniem podmiotu będącego jej dysponentem do nabywania przedmiotu zamówienia, a następnie odstępowania w drodze odrębnej umowy zamawiającemu. Zamawiający mogą jednak zgodnie z dyspozycją art. 15 ust. 2 powierzyć przygotowanie i przeprowadzenie aukcji innemu podmiotowi, który działając jak pełnomocnik zamawiającego przeprowadzi w jego imieniu i na jego rzecz aukcję.

3. Ustawa nie wskazuje kolejności zamieszczania ogłoszeń o aukcji w sytuacji, gdy są one zamieszczane na stronie internetowej zamawiającego oraz stronie przeprowadzania aukcji. Zasada równego traktowania wykonawców i wynikające z niej prawo jednakowego dostępu wszystkich wykonawców do informacji o zamiarze udzielenia zamówienia wskazują jednak, że ogłoszenia te powinny być zamieszczone w obu miejscach w tym samym terminie.
4. Ogłoszenie o zamówieniu jest w przypadku aukcji elektronicznej jedyną formą przekazania przez zamawiającego informacji o zamówieniu oraz warunkach udziału w postępowaniu. Stąd szczególnie istotne jest podanie w nim precyzyjnych i jednoznacznych informacji niezbędnych wykonawcom ubiegającym się o dopuszczenie do udziału w aukcji.
5. Ogłoszenie o aukcji zawiera niezbędne informacje o charakterze formalnym. Należy do nich nazwa i adres zamawiającego, określenie trybu zamówienia oraz adres strony internetowej, na której aukcja będzie przeprowadzona. Adres ten, jako jedyny adres strony podawany w ogłoszeniu jest jednocześnie miejscem, w którym zamawiający zamieszcza informacje o wynikach aukcji. Szczególnie istotnym elementem ogłoszenia jest wskazanie przedmiotu zamówienia. Pomimo posługiwania się przez Pzp w stosunku do aukcji pojęciem „określenie trybu zamówienia”, takim samym jak np. w ogłoszeniu o przetargu ograniczonym, należy przyjąć, iż zamawiający powinien zawrzeć w tym punkcie ogłoszenia znacznie więcej informacji. Tylko precyzyjny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia umożliwi bowiem porównywalność ofert i nabycie takiego przedmiotu dostawy, jaki będzie odpowiadał jego wymaganiom.
6. Ogłoszenie jako niezbędny element musi zawierać informacje dotyczące parametrów technicznych urządzeń, z których korzystając, wykonawca może wziąć udział w aukcji. Określenie tych parametrów jest niezbędne dla zapewnienia kompatybilności urządzeń, którymi posługują się wykonawca i zamawiający oraz wskazania technicznych wymagań wobec urządzeń i oprogramowania, które zapewnią wykonawcom niezakłócony udział w aukcji. Wśród takich wymagań niezbędne będzie najczęściej podanie informacji o programie obsługującym połączenie ze stroną internetową zamawiającego i minimalnych parametrach stacji komputerowej, które zapewniają obsługę tego oprogramowania (procesorze, systemie operacyjnym, wielkości pamięci operacyjnej, wymaganej wolnej pamięci twardego dysku itp.). Respektując zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zamawiający nie może określić wymagań „sprzętowych” na zbyt wysokim poziomie, który utrudniałby udział w aukcji zainteresowanym wykonawcom. Należy przyjąć, że nie będzie miało dyskryminacyjnego charakteru określenie wymagań na poziomie możliwym do spełnienia przez powszechnie dostępne na rynku urządzenia.
7. Ogłoszenie musi zawierać informację o minimalnej wysokości postąpienia. Może ono zostać określone w złotych (o wskazaną kwotę), ale również jako %

ostatnio zgłoszonej ceny lub ceny, od której rozpoczęto aukcję. Wykonawcy nie są jednak ograniczeni treścią ogłoszenia w zakresie możliwości zgłaszania wyższych postąpień. Zamawiający nie może przy tym żądać, aby była wówczas respektowana jakakolwiek zasada krotności minimalnego postąpienia. Wspomnianym w ust. 2 pkt 5 sposobem postępowania w toku aukcji elektronicznej, o którym zamawiający jest obowiązany poinformować w ogłoszeniu, jest bez wątpienia sposób kwalifikacji wykonawców do następnego etapu aukcji (por. art. 79 ust. 2).

8. Kształtując warunki udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie aukcji elektronicznej zamawiający jest zobowiązany przestrzegać regulacji zawartej w art. 22. Oznacza to, że jest związany koniecznością wykluczania wykonawców, którzy warunków nie spełniają. Oznacza to również, że ustalając stopień spełniania warunków powinien się kierować wyłącznie niezbędnymi do wykonania zamówienia przesłankami, gdyż w innym razie warunki mogą utrudnić uczciwą konkurencję (por art. 22 i 24). Potwierdzeniem spełniania warunków udziału w aukcji elektronicznej mogą być oświadczenia wykonawców lub takie oświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków. Decyzję o żądaniu dokumentów podejmuje zamawiający, gdyż w postępowaniach poniżej 60 000 euro stanowi to jego prawo, nie zaś obowiązek. Zgodnie z dyspozycją art. 25 wskazane w ogłoszeniu oświadczenia i dokumenty będą jedynymi, jakich zamawiający może żądać od wykonawców. W żądaniu dokumentów zamawiający jest ponadto ograniczony przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, określającego zamknięty wykaz dokumentów, których żądanie jest uprawnione. Nieuzasadnionym będzie więc domaganie się dokumentów wykraczających poza zakres wskazany w rozporządzeniu lub potwierdzających spełnienie innych wymagań. Poza zakres określony ustawą wykracza również żądanie składania oświadczeń dotyczących innych okoliczności niż wskazane w ustawie.
9. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu jest obowiązany podać terminy istotne dla przebiegu postępowania oraz wykonywania zamówienia. Są to: termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w aukcji, otwarcia i zamknięcia aukcji, związania ofertą oraz wykonania zamówienia. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w aukcji, a także termin związania ofertą powinny być liczone w dniach, z uwzględnieniem przepisów Pzp dotyczących minimalnego terminu składania wniosków (art. 76 ust. 1). Termin związania ofertą odnosi się wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została wybrana. Zamawiający ze względu na wyłączenie zawarte w art. 81 nie jest przy tym zobowiązany do przestrzegania maksymalnego terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 85 ust. 1 pkt 1. Terminy otwarcia i zamknięcia aukcji powinny być podane w sposób bardziej precyzyjny, tak aby umożliwić wykonawcom przystąpienie do aukcji w tym samym momencie oraz zapewnić wiedzę o czasie jej trwania (por. art. 80).

10. Ogłoszenie o aukcji musi zawierać wymagania dotyczące należytego wykonania umowy. Ponieważ aukcja jest trybem, który można stosować wyłącznie przy udzielaniu zamówień o wartości poniżej 60 000 euro, zabezpieczenie umowy będzie wymagane z mocy prawa wyłącznie w przypadku zawieranych w wyniku aukcji umów na realizację dostaw w czasie dłuższym niż 3 lata. W pozostałych sytuacjach zgodnie z art. 147 ust. 1 zamawiający może, ale nie musi żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamieszczając informację o swej decyzji w ogłoszeniu. W przypadku żądania zabezpieczenia, znajdują zastosowanie przepisy art. 147–151.
11. Informacje zamieszczane w ogłoszeniu dotyczące istotnych postanowień umowy, jej ogólnych warunków, albo wzoru umowy powinny być co do zakresu takie same, jak informacje na ten temat podawane w SIWZ przy udzielaniu zamówień w innych trybach, w których stosuje się przepis art. 36 ust. 1 pkt 21.

Art. 76 [Warunki udziału, termin otwarcia]

- 1. Zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej nie krótszy niż 15 dni od dnia ogłoszenia.**
 - 2. Zamawiający dopuszcza do udziału w aukcji elektronicznej i zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, określając w zaproszeniu termin związania ofertą wykonawcy, który zaoferuje najniższą cenę.**
 - 3. Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium, w terminie przez niego określonym, nie później jednak niż przed upływem terminu otwarcia aukcji elektronicznej. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się odpowiednio.**
 - 4. Zamawiający otwiera aukcję elektroniczną w terminie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert.**
1. Aby uczestniczyć w aukcji (złożyć ofertę za pomocą zamieszczonego na stronie internetowej formularza) wykonawcy zaproszeni do składania ofert muszą się zarejestrować w systemie teleinformatycznym zamawiającego. Rejestracja służy w szczególności identyfikacji wykonawców w trakcie aukcji i zapewnia, że biorą w niej udział wyłącznie wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Rejestracja pozwala także na zapewnienie wymaganej (art. 79 ust. 3) anonimowości wykonawców, którzy dla innych uczestników aukcji są rozpoznawalni wyłącznie na podstawie przypisanego im numeru lub nazwy, nie pozwalających na faktyczne zidentyfikowanie wykonawcy.
 2. Pzp nie określa maksymalnego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej, jaki może ustalić zamawiający. Podobnie jak w innych trybach przewidujących składanie wniosków o dopuszczenie do udziału

łu w postępowaniu przewiduje jednak termin minimalny, który pozwoli zainteresowanym wykonawcom na złożenie wniosku. Termin ten wynosi analogicznie do pozostałych trybów 15 dni od dnia ogłoszenia. Oznacza to, zgodnie z art. 111 § 2 Kc, że do obliczania terminu nie wlicza się dnia ogłoszenia, lecz dopiero dzień następujący po tym dniu.

3. Podstawowy cel aukcji, jakim jest zapewnienie jak najszerszej konkurencji w postępowaniach, których przedmiotem są nieskomplikowane dostawy, przesądza, że zamawiający zaprasza do udziału w aukcji możliwie najszerszą liczbę wykonawców, tzn. wszystkich tych, którzy spełniają warunki określone w ogłoszeniu. Liczba uczestników aukcji nie jest w żaden sposób ograniczana.
4. Ustawa pozostawia zamawiającemu swobodę w ustaleniu terminu związania ofertą wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Termin ten, określony w zaproszeniu, nie powinien być następnie przedłużany jednostronną decyzją zamawiającego. Wskazuje na to wyłączenie w stosunku do aukcji art. 85 ust. 2 (por. art. 81) oraz brak odrębnej regulacji w tym zakresie. Określając termin związania ofertą zamawiający powinien jednak uwzględniać fakt, iż termin zbyt długi może się przyczynić do ograniczenia konkurencji, eliminując wykonawców, dla których będzie on nie do przyjęcia. Bez wątplenia właściwym postępowaniem zamawiającego byłoby określenie okresu związania ofertą na czas nie przekraczający 30 dni, czyli taki, jak dla wszelkich zamówień o wartości poniżej 60 000 euro udzielanych w innych trybach postępowania.
5. Żądanie wadium w trybie aukcji elektronicznej jest fakultatywną czynnością zamawiającego, podobnie jak w każdym innym trybie przy wartości zamówienia poniżej 60 000 euro. Zamawiający, który zdecyduje się żądać wniesienia wadium powinien zamieścić taką informację już w ogłoszeniu. Mimo braku wskazania takiego obowiązku w artykule 75 wymieniającego niezbędne elementy ogłoszenia, należy przyjąć zgodnie z 22 ust. 1 pkt 4 odwołującym się do art. 24 (w tym jego ust. 2 pkt 4, dotyczącego wadium), że wniesienie wadium żądanego przez zamawiającego jest warunkiem udziału w postępowaniu. Informacja na ten temat powinna więc pojawić się w ogłoszeniu na podstawie art. 75 ust. 2 pkt 9. Jednocześnie przepis ust. 3 pozostawia zamawiającemu pewien zakres swobody w określeniu terminu wniesienia wadium. Termin ten ze względu na cel, któremu wadium służy (zabezpieczenie oferty), nie może być wyznaczony na okres pomiędzy złożeniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a przekazaniem zaproszenia do składania ofert. Oznacza to, że może być określony dopiero w zaproszeniu. Musi być ustalony w taki sposób, aby umożliwił zamawiającemu uzyskanie informacji o wniesieniu wadium przed złożeniem ofert, co w przypadku aukcji oznacza, że musi upływać najpóźniej bezpośrednio przed otwarciem aukcji. Możliwe jest jednak wyznaczenie krótszego terminu wniesienia wadium. Określając go zamawiający musi jednak w takim przypadku respektować zasadę zakazu ograniczania konkurencji, którą może naruszyć ustanowienie zbyt krótkiego terminu.

6. Otwarcie aukcji sensu stricte, oznacza rozpoczęcie procedury składania ofert, nie zaś wszczęcie postępowania, które miało miejsce wcześniej, czyli w momencie zamieszczenia ogłoszenia o aukcji. Pzp nie przewiduje konieczności zachowania żadnej szczególnej formy otwarcia aukcji. Jeżeli zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu konkretnego sposobu otwarcia aukcji należy przyjąć, że jest ona otwarta wraz z upływem terminu otwarcia podanego w ogłoszeniu o zamówieniu. Możliwe jest jednak zamieszczenie w ogłoszeniu wzmianki o rozpoczęciu aukcji po jej wywołaniu, tzn. zamieszczeniu przez zamawiającego komunikatu o rozpoczęciu aukcji. Taki sposób otwarcia aukcji nie może jednak naruszać obowiązku respektowania przez zamawiającego terminu otwarcia podanego w ogłoszeniu co oznacza, że informacja o rozpoczęciu aukcji musi się pojawić wraz z upływem tego terminu. Minimalny termin, jaki zamawiający musi wyznaczyć na otwarcie aukcji jest uzależniony od przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i wynosi 5 dni. Wyznaczając go zamawiający powinien jednak uwzględniać sposób przekazania zaproszenia i określić termin otwarcia aukcji tak, aby informacja o jej otwarciu dotarła do wykonawców wcześniej.

Art. 77 [Forma komunikowania się zamawiającego i wykonawców]

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

1. W szczególnym okresie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie aukcji elektronicznej, jakim jest sam przebieg aukcji ustawa dopuszcza wyłącznie elektroniczną formę porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Dokument przekazany w inny sposób będzie więc traktowany jak niezłożony i nie może mieć wpływu na przebieg zarówno samej aukcji jak i całego postępowania. Ograniczenie formy komunikacji pomiędzy stronami postępowania dotyczy jednak wyłącznie tych wniosków, oświadczeń i informacji, które mają związek z przebiegiem aukcji *sensu stricte*. Nie można więc uznać za dokonane w niewłaściwej formie złożenia lub wpłynięcia dokumentów odnoszących się do innych niż przebieg aukcji (rozumianej jako sama licytacja) elementów postępowania o udzielenie zamówienia, nawet jeśli moment ich złożenia lub wpłynięcia przypada na czas trwania aukcji.
2. Wynikający z mocy prawa obowiązek zachowania szczególnej (elektronicznej) formy porozumiewania się stron postępowania nie wyłącza prawa strony która informację przekazała żądania potwierdzenia faktu jej otrzymania przez stronę będącą adresatem informacji, zgodnie z art. 28 ust. 2.
3. Wśród informacji, które w sposób określony w przepisie zamawiający przekazuje wykonawcom znajdują się w szczególności informacje, o których mowa w art. 79 ust. 3. Możliwe jest jednak przekazywanie w trakcie aukcji innych informacji, wniosków lub oświadczeń, np. sygnalizowanie trudności technicznych lub organizacyjnych, które wystąpią w trakcie prowadzenia aukcji.

Art. 78 [Forma oferty i sposób jej oceny]

- 1. Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.**
- 2. Oferty składane przez wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie ceny.**
- 3. Oferta złożona w toku aukcji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą.**

1. Jediną ważną formą złożenia oferty w trakcie aukcji jest jej złożenie w postaci elektronicznej wraz z opatrzeniem bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W związku z art. 74 ust. 1 nie wystarczy przy tym złożenie oferty jakkolwiek drogą elektroniczną, lecz niezbędne jest skorzystanie z formularza umieszczonego na stronie internetowej, na której jest prowadzona aukcja. Zobowiązanie wykonawców do składania pod rygorem nieważności oferty opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest podyktowane koniecznością zastosowania rozwiązań spójnych z zasadami udzielania zamówień. Zgodnie z art. 9 ust. 1 postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej, przy czym do zachowania pisemnej formy czynności prawnej niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 78 § 1 Kc). Przepisy ustawy o podpisie elektronicznym¹ zrównują skutki prawne bezpiecznego, weryfikowanego kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego z podpisem własnoręcznym (art. 5 ust. 2).
2. Zgodnie z ustawą o podpisie elektronicznym (art. 3 pkt 1) podpis elektroniczny to „dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny”. Bezpieczny podpis elektroniczny to podpis elektroniczny, który spełnia następujące warunki: a) jest przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis, b) jest sporządzany za pomocą podlegających wyłącznej kontroli osoby składającej podpis elektroniczny bezpiecznych urządzeń służących do składania podpisu elektronicznego i danych służących do składania podpisu elektronicznego, c) jest powiązany z danymi, do których został dołączony, w taki sposób, że jakkolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna (art. 3 ust. 2 cyt. ustawy).
3. Warunkiem zastosowania w aukcji elektronicznej bezpiecznego podpisu elektronicznego jest jego zweryfikowanie kwalifikowanym certyfikatem (zaświadczeniem elektronicznym umożliwiającym identyfikację), który jest wydawany przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne i zgodnie

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 130 poz. 1450.

z art. 20 ustawy o podpisie elektronicznym zawiera co najmniej: numer certyfikatu, wskazanie, że certyfikat został wydany jako certyfikat kwalifikowany do stosowania zgodnie z określoną polityką certyfikacji, określenie podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne wydającego certyfikat i państwa, w którym ma on siedzibę, oraz numer pozycji w rejestrze kwalifikowanych podmiotów świadczących usługi certyfikacyjne, imię i nazwisko lub pseudonim osoby składającej podpis elektroniczny; użycie pseudonimu musi być wyraźnie zaznaczone, dane służące do weryfikacji podpisu elektronicznego, oznaczenie początku i końca okresu ważności certyfikatu, poświadczenie elektroniczne podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne, wydającego dany certyfikat, ograniczenia zakresu ważności certyfikatu, jeżeli przewiduje to określona polityka certyfikacji, ograniczenie najwyższej wartości granicznej transakcji, w której certyfikat może być wykorzystywany, jeżeli przewiduje to polityka certyfikacji lub umowa na podstawie której jest wydany certyfikat.

4. Użycie bezpiecznego podpisu elektronicznego wywołuje skutki prawne wyłącznie, gdy został złożony w okresie ważności certyfikatu. Ponadto zgodnie z definicją takiego podpisu jest on przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis. Oznacza to, że możliwość złożenia podpisu musi mieć osoba upoważniona do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy.
5. Oprogramowanie użyte do przeprowadzenia aukcji musi zapewniać możliwość automatycznej klasyfikacji ofert składanych przez wykonawców. Oznacza to, że nie jest możliwa w tym zakresie żadna ingerencja zamawiającego (podmiotu prowadzącego aukcję). Jedynym kryterium klasyfikacji jest cena złożonej oferty, jako że tylko to kryterium stanowi podstawę wyboru. Dokonywana klasyfikacja powinna umożliwiać śledzenie aukcji i wskazywać, która z ofert jest w danym momencie najkorzystniejsza oraz jaką pozycję zajmują inne złożone oferty wraz z informacją o zaproponowanych w nich cenach. Dane te są bowiem niezbędne zamawiającemu do przekazywania informacji wykonawcom na podstawie art. 79 ust. 3.
6. Podobnie jak w art. 70² Kc oferta złożona w toku aukcji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą. W odróżnieniu od rozwiązań Kc, w aukcji prowadzonej w trybie Pzp nie można zastrzec innego rozwiązania. Nie jest też możliwe zgłoszenie dwóch kolejnych postąpień przez jednego wykonawcę następujących bezpośrednio po sobie.

Art. 79 [Rodzaje aukcji]

- 1. Aukcja elektroniczna może być jednoetapowa albo wieloetapowa.**
- 2. Zamawiający może, jeżeli zastrzegł to w ogłoszeniu, po zakończeniu każdego etapu aukcji elektronicznej nie zakwalifikować do następnego etapu aukcji elektronicznej tych wykonawców, którzy nie złożyli nowych postąpień, informując ich o tym niezwłocznie.**

3. W toku każdego etapu aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje wszystkim wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert, liczbie wykonawców biorących udział w każdym z etapów aukcji elektronicznej, a także o cenach złożonych przez nich ofert, z tym że do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

1. Decyzję o ilości etapów aukcji podejmuje zamawiający, informując o tym w ogłoszeniu. Ustawa nie określa żadnych warunków, których zamawiający musiałby przestrzegać podejmując taką decyzję. Nie zawiera również ograniczenia liczby etapów.

2. Zamawiający, jeśli zamieścił odpowiednią informację w ogłoszeniu może po każdym etapie aukcji dokonać eliminacji niektórych wykonawców z udziału w kolejnych etapach. Do następnego etapu mogą nie zostać zakwalifikowani wykonawcy, którzy nie złożyli co najmniej jednego postąpienia w trakcie poprzedzającego go etapu. Jest to prawo, a nie obowiązek zamawiającego, który decydując się na skorzystanie z niego powinien czynić to z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający musi przy tym niezwłocznie, czyli przed rozpoczęciem kolejnego etapu aukcji, poinformować wykonawców o niezakwalifikowaniu do tego etapu.

3. W toku każdego etapu (czyli w trakcie całej aukcji) zamawiający przekazuje uczestnikom aukcji określone informacje. Obowiązek ich przekazywania na bieżąco oznacza, iż muszą być one aktualizowane po każdej czynności, która powoduje zmianę stanu faktycznego w zakresie objętym obowiązkiem informacyjnym. Informacja przekazywana każdemu wykonawcy musi zawierać dane o pozycji jego oferty (ostatniego postąpienia) oraz pozycjach takich ofert złożonych przez innych wykonawców, liczbie wykonawców oraz cenach zawartych w ostatnim postąpieniu każdego z wykonawców.

4. Zasadą udzielania zamówień jest jawność postępowania. W przypadku aukcji przejawia się ona w szczególności możliwością obserwacji aukcji przez osoby postronne, możliwością dostępu do protokołu postępowania z którego można między innymi uzyskać informację, jacy wykonawcy zostali dopuszczeni do udziału w aukcji. Nie jest natomiast możliwe ustalenie w trakcie aukcji, jaką cenę w postąpieniu zaoferował, konkretny wykonawca. Identyfikacja wykonawców, a więc również możliwość odtworzenia ich propozycji cenowych zgłoszonych w trakcie aukcji jest możliwa dopiero po zamknięciu aukcji.

Art. 80 [Zamknięcie aukcji]

1. Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną:

1) w terminie określonym w ogłoszeniu;

- 2) jeżeli w ustalonym w ogłoszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia, lub
- 3) po zakończeniu ostatniego, ustalonego w ogłoszeniu etapu.
2. Bezpośrednio po zamknięciu aukcji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.
3. Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę.
1. Zamawiający zamyka aukcję w określonym terminie lub w przypadku spełnienia warunków jej zamknięcia. Informacja o terminie i warunkach zamknięcia aukcji musi być zawarta w ogłoszeniu. Ustawa wskazuje na 3 równoprawne sposoby określenia momentu zamknięcia aukcji wymienione w ust. 1 pkt 1–3.
 2. Niezależnie od przyjętej metody wskazania momentu zamknięcia aukcji musi być to moment określony jednoznacznie i precyzyjnie. Rozwiązania techniczne stosowane w trakcie aukcji pozwalające na szybkie składanie postąpień powodują, że termin zamknięcia aukcji powinien być podawany z dokładnością co do minuty. W innym przypadku w ostatniej fazie aukcji lub jej ostatniego etapu może dojść do sytuacji, w której trudno będzie ustalić czy postąpienia zostały złożone w trakcie aukcji, czy też po jej zamknięciu. W podobny sposób (tzn. w minutach) powinien być określany czas na składanie nowych postąpień, po którego przekroczeniu aukcja jest zamykana.
 3. Zamknięcie aukcji w terminie innym niż podany w ogłoszeniu jest równoznaczne z wadą postępowania. Stąd też, jeżeli w trakcie aukcji wystąpią problemy techniczne które uniemożliwią jej dokończenie, zamawiający powinien zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 unieważnić postępowanie.
 4. Konsekwencją wyłączenia stosowania do aukcji elektronicznej przepisu art. 92 dotyczącego zawiadamiania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty jest odrębna regulacja wskazująca moment i sposób przekazania oraz zakres informacji o wynikach aukcji. Z chwilą zamknięcia aukcji na stronie internetowej stanowiącej miejsce jej przeprowadzenia zamawiający zamieszcza nazwę i adres wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Do ujawniania pozostałych informacji mają zastosowanie przepisy o jawności protokołu postępowania.
 5. Jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty w aukcji elektronicznej stanowi cena. Aukcja w ujęciu Pzp ma charakter tzw. aukcji odwróconej, a wykonawcy zgłaszają w trakcie aukcji kolejne postąpienia z ceną niższą od zgłoszonej uprzednio przez konkurentów. Zamówienie jest udzielane wykonawcy, którego oferta w momencie zamknięcia aukcji zawiera najniższą cenę.

Art. 81 [Odesłania]

Do aukcji elektronicznej przepisów art. 36–38 i 82–92 nie stosuje się.

1. Do aukcji elektronicznej nie stosuje się przepisów o SIWZ. Oznacza to, że wszelkie istotne informacje o zamówieniu oraz warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w ogłoszeniu o aukcji.
2. Specyfika aukcji powoduje, że nie jest możliwe zastosowanie do postępowań prowadzonych w tym trybie większości przepisów dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty. Zasadniczą różnicą jest odstępianie od przepisu art. 82 ust. 1 zgodnie z którym każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, co stoi w sprzeczności z podstawowym założeniem aukcji. Ustawodawca przyjął przy tym, iż należy dla spójności regulacji wyłączyć stosowanie przepisów poprzez przywołanie całości artykułów nie mających zastosowania do aukcji. W ten sposób odrębnym przepisem niejako ponownie wyłączył część norm, które i tak nie miałyby zastosowania do aukcji z racji jej charakteru. Przykładem może być przepis art. 83 ust. 1 dotyczący oferty wariantowej, który nie mógłby znaleźć zastosowania w aukcji, gdyż cena stanowi w niej jedyne kryterium wyboru. Mimo to zawarty jest w grupie artykułów wyłączanych na podstawie komentowanego artykułu.
3. Do aukcji elektronicznej nie mają ponadto zastosowania przepisy o: możliwości wycofania lub zmiany oferty, zwrocie oferty wniesionej po terminie, ogólne przepisy o związaniu ofertą, otwarciu ofert, wyjaśnianiu treści oferty, poprawianiu omyłek rachunkowych, odrzucaniu ofert, postępowaniu z ofertami z rażąco niską ceną, a także ogólne przepisy o zawiadomieniu wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie stosuje się również przepisu o możliwości składania ofert częściowych.

Rozdział 4 Wybór najkorzystniejszej oferty

Art. 82 [Forma i treść oferty]

1. **Wykonawca może złożyć jedną ofertę.**
 2. **Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.**
 3. **Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
1. „Oferta” jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego materialnego. Ustawową (legalną) definicję oferty zawiera przepis art. 66 § 1 Kc, stosownie do którego

„Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. W doktrynie podkreśla się dwie konstytutywne cechy oferty. Po pierwsze, jest to skierowana do drugiej strony propozycja zawarcia umowy, mająca postać oświadczenia woli, które wyraża stanowczą decyzję oferenta zawarcia umowy, przy czym adresatem oferty może być nie tylko indywidualnie oznaczona osoba, lecz także krąg (ogół) osób. Różnica sprowadza się do ustalenia czy i w jakiej chwili została złożona; w przypadku indywidualnie oznaczonej osoby ma zastosowanie reguła określona w art. 61 Kc (oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że można zapoznać się z jego treścią), w przypadku zaś skierowania ofert do ogółu, należy je uznać za złożone z chwilą ich ogłoszenia, gdyż dopiero wtedy może zapoznać się z nimi krąg adresatów. Po drugie, oferta musi zawierać co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wymaganie to wynika z roli, jaka przypada adresatowi oferty; może doprowadzić do zawarcia umowy przez przyjęcie oferty¹.

2. Instytucję oferty jako sposobu zawarcia umowy cywilnoprawnej stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tym, że adresatem oferty wykonawcy jest zamawiający, a istotne postanowienia umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień SIWZ. Wynika to z faktu, że ustawa nie definiuje pojęcia oferty (podaje jedynie definicje oferty częściowej i oferty wariantowej) oraz z zasady wyrażonej w art. 14, według której do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kc, z odrębnościami wynikającymi z ustawy.
3. Z cywilistyczną definicją oferty i istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się regulacja zawarta w ust. 1 komentowanego artykułu, według której każdy wykonawca, ubiegający się o zamówienie może złożyć skutecznie tylko jedną ofertę, tj. jedno oświadczenie woli zawarcia z zamawiającym umowy, której istotne postanowienia zostały określone na podstawie SIWZ.
4. Oferta musi być złożona w formie pisemnej (na piśmie). Niezachowanie tej formy skutkuje nieważnością oferty, przy czym jest to nieważność bezwzględna (art. 73 § 1 Kc) co oznacza, że nie wywołuje ona od początku (ab initio) określonych w niej skutków prawnych. Wyjątkiem od powyższej zasady jest oferta składana w aukcji elektronicznej (w samej rzeczy chodzi o więcej niż jedną ofertę, gdyż za odrębną ofertę uznaje się każde postąpienie tj. kolejną korzystniejszą ofertę wykonawcy), do której nie stosuje się art. 82.
5. Stosownie do przepisu ust. 2 komentowanego artykułu, w każdym trybie udzielenia zamówienia oferta może być złożona w postaci elektronicznej. Wymaga to

¹ Zob. bliżej: Z. Radwański, /w/ System prawa cywilnego, tom I, Część Ogólna, Ossolineum, Wydawnictwo PAN 1985, s. 595–596.

zgody zamawiającego, a ponadto oferta musi być opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu¹. Złożenie podpisu elektronicznego jest równoznaczne z podpisem własnoręcznym, te same są zatem skutki prawne związane z brakiem takiego podpisu (nieważność czynności prawnej).

6. Treść oferty musi być zgodna z treścią SIWZ. Podkreślić należy, że chodzi w tym przypadku o treść tj, merytoryczną zawartość (tekst) obu dokumentów, a nie o ich formę. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jeżeli przykładowo wykonawca: oferuje wykonanie innego niż opisany w SIWZ przedmiotu zamówienia, proponuje dłuższy niż określony w specyfikacji termin wykonania zamówienia, oświadcza, że jest związany ofertą przez okres krótszy niż określony w SIWZ, dokonuje obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem podanym w SIWZ bądź jeśli zachodzi sprzeczność jakiegoś istotnego postanowienia oferty z wzorem umowy (dla przykładu, we wzorze umowy okres gwarancji określono na 3 lata, a wykonawca proponuje 2 lata).

Art. 83 [Oferta wariantowa i częściowa]

1. **Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru.**
2. **Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.**
3. **W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określili maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca.**

1. Instytucja oferty wariantowej została uregulowana w kilku przepisach. I tak: przepis art. 2 pkt 7 podaje ustawową (legalną) definicję oferty wariantowej (oferta, która przewiduje, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego), przepis art. 36 ust. 1 pkt 7 uprawnia zamawiającego do dopuszczania składania ofert wariantowych i nakłada na niego, w przypadku skorzystania z tego uprawnienia, obowiązek zawarcia w SIWZ, informacji o tym fakcie oraz opisu sposobu przedstawienia tych ofert i określenia minimalnych warunków, jakim muszą one odpowiadać, i wreszcie przepis art. 83 ust. 1 wprowadza istotne ograniczenie możliwości dopuszczenia przez zamawiającego ofert wariantowych, a mianowicie, gdy cena nie stanowi jedynego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

¹ Instytucję podpisu elektronicznego reguluje ustawa z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. Nr 130, poz. 1450).

2. Informacja o możliwości złożenia oferty wariantowej powinna być zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu dla: przetargu nieograniczonego (art. 41 pkt 5), przetargu ograniczonym (art. 48 ust. 2 pkt 4), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 2 pkt 4). Możliwość złożenia oferty wariantowej powinna być podana w zaproszeniu do negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 2 pkt 3). Definiując pojęcie „oferty wariantowej” ustawodawca wskazuje jeden element, który różni taką ofertę od innych. Jest to element przedmiotowo istotny (*essentialia negotii*), a mianowicie możliwość przedstawienia odmiennego sposobu wykonania zamówienia, tj. innej niż przyjęta przez zamawiającego koncepcji uzyskania tego samego efektu, przy czym ów sposób czy koncepcję należy łączyć z rozwiązaniami natury technicznej. Chodzi o sposób wykonania zamówienia, a więc sposób spełnienia świadczenia i o nic ponadto. Niedopuszczalne jest przyjmowanie powszechnego rozumienia pojęcia wariantowości, czyli podawania w ofercie dwóch lub więcej rozwiązań do wyboru przez zamawiającego.
3. Instytucja oferty częściowej została uregulowana w kilku przepisach. I tak: przepis art. 2 pkt 6 podaje ustawową (legalną) definicję oferty częściowej (oferta przewidująca zgodnie z treścią SIWZ wykonanie części zamówienia), przepis art. 36 ust. 1 pkt 6 uprawnia zamawiającego do dopuszczenia składania ofert częściowych i nakłada na niego, w przypadku skorzystania z tego uprawnienia, obowiązek zawarcia w SIWZ opisu części zamówienia, przepis art. 83 ust. 2 wprowadza istotne, ale oczywiste ograniczenie możliwości dopuszczenia przez zamawiającego ofert częściowych, a mianowicie tylko wtedy, gdy przedmiot zamówienia jest podzielny. Informacja o możliwości składania ofert częściowych powinna być zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu dla: przetargu nieograniczonego (art. 41 pkt 4), przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 2 pkt 3), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 2 pkt 3). Możliwość składania ofert częściowych powinna być podana w zaproszeniu do negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 2 pkt 2). Uprawnienie zamawiającego do dzielenia zamówienia na części (przy zachowaniu przepisów w art. 32) wynika z ogólnej zasady wyrażonej w art. 379 § 2 Kc. Według tego przepisu świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości (powyższy przepis obowiązuje w Pzp, zgodnie z regulacją zawartą w art. 14).
4. Przepis ust. 3 określa uprawnienia wykonawcy w przypadku dopuszczenia przez zamawiającego składania ofert częściowych. Wykonawca może mianowicie złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia. Uprawnienia powyższe mogą być jednak ograniczone przez zamawiającego, który może określić maksymalną liczbę części zamówienia, na które jeden wykonawca może złożyć oferty częściowe. Wola ograniczenia uprawnień wykonawcy przez określenie maksymalnej liczby części zamówienia powinna być wyrażona przez zamawiającego w SIWZ i nie może podlegać zmianie w toku postępowania o zamówienie publiczne.
5. W związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym zamawiający dopuszcza składanie ofert na określone w SIWZ części pozostaje do rozstrzy-

gnięcia zagadnienie, czy wykonawca uczestniczący w tym postępowaniu składa jedną ofertę na poszczególne części, czy też dwie lub więcej ofert (zamawiający może określić maksymalną ilość części, na które jeden wykonawca może złożyć oferty). Wzgląd na racjonalizm zachowania zamawiającego i wykonawców w tej sytuacji skłania do wniosku, że chodzi o jedną ofertę. Literalne brzmienie przepisu art. 2 pkt 6 uprawnia z kolei do przyjęcia, że wykonawca składa oferty częściowe, z których każda jest autonomiczna, tym bardziej że poszczególne części zamówienia nie muszą być równe i tym samym różne mogą być kryteria ich oceny (przede wszystkim dotyczy to ceny). Wzgląd na zasadę legalizmu przemawia za drugim rozwiązaniem.

Art. 84 [Zmiana i wycofanie oferty]

- 1. Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.**
- 2. Ofertę złożoną po terminie zwraca się bez otwierania po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu.**

1. W prawie cywilnym nazwą „termin” określa się czas zarówno w sensie okresu czasu, jak i jako pewną chwilę. Ma to szczególne znaczenie przy określaniu sposobu obliczania terminu. Znaczenie decydujące w tym względzie ma instytucja, w której wprowadzono termin. Jeżeli instytucja ta nie określa sposobu obliczania terminu, a tak zwykle bywa, to stosuje się reguły interpretacyjne zawarte w przepisach Kc (art.111–115).
2. W ust. 1 nazwa „termin” została użyta w znaczeniu okresu czasu, jaki zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu (dotyczy przetargu nieograniczonego) oraz w SIWZ na składanie ofert. Początkowym dniem (a quo) tego okresu jest dzień następujący po zdarzeniu, którym w tym przypadku jest ukazanie się ogłoszenia o zamówieniu, a dniem końcowym (ad quem) – ostatni dzień okresu (oznaczony nie tylko przez wskazanie daty, ale również godziny i minuty). W tym czasie, a praktycznie od momentu faktycznego złożenia oferty do chwili oznaczonej na składanie ofert, wykonawca pozostaje prawnym dysponentem swej oferty, może zatem ofertę tę zmienić lub wycofać. W przypadku zmiany oferty wykonawca składa, w miejsce oferty dotychczasowej, nową ofertę. Wycofanie oferty oznacza rezygnację wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.
3. Skutkiem prawnym złożenia oferty po terminie jest jej zwrócenie wykonawcy bez otwierania. Zważywszy, że zwrot oferty jest czynnością zamawiającego wobec której wykonawcy służy protest (art. 180 ust. 1) może on być faktycznie dokonany dopiero po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu (ust. 2). Wydaje się, że zamawiający nie jest obowiązany do informowania wykonawcy o zamiarze zwrotu oferty, bowiem konieczność zwrotu wynika z dokumentów

potwierdzających złożenie oferty. Zamawiający może otworzyć ofertę podlegającą zwrotowi jedynie w przypadku, gdy jest to konieczne ze względu na wykonanie czynności zwrotu (np. gdy nie może inaczej ustalić adresu wykonawcy).

Art. 85 [Związanie ofertą]

- 1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:**
 - 1) 30 dni – jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro;**
 - 2) 90 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a dla dostaw lub usług 5 000 000 euro;**
 - 3) 60 dni – jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.**
 - 2. W uzasadnionych przypadkach na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 30 dni.**
 - 3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.**
 - 4. Zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.**
 - 5. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.**
-
1. Według prawa cywilnego stan związania ofertą polega na tym, że oferent nie może w oznaczonym przez siebie terminie (w braku takiego oznaczenia terminu podlega ustaleniu na podstawie reguł ustawowych) zapobiec zawarciu umowy w razie przyjęcia oferty przez adresata oferty (oblata). Musi zatem w oznaczonym terminie liczyć się z przyjęciem oferty przez oblata, a w konsekwencji pozostawać w gotowości do wykonania umowy, co stanowi dla niego niewątpliwą uciążliwość tym bardziej, że stanu związania ofertą nie może odwołać. Zbliżone do cywilistycznego rozwiązanie kwestii związania ofertą obowiązuje w Pzp. Różnice wynikające z istoty systemu zamówień publicznych wyrażają się przede wszystkim w tym, że termin związania ofertą oznacza zamawiający (oblat), a nie wykonawca (oferent).
 2. Według ust.1, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ. Termin ten nie może być jednak dłuższy niż wskazany w ustawie i został zróżnicowany w zależności od wartości zamówienia (ust.1 pkt 1 i 3) bądź od wartości i przedmiotu zamówienia (ust. 1 pkt 2). Zasadą jest, że określony przez zamawiającego termin (okres), w którym wykonawca jest związany ofertą powi-

nien być ostateczny. Przedłużenie tego terminu stanowi wyjątek od zasady, dlatego ustawodawca wymaga, aby miał on miejsce jedynie „w uzasadnionych przypadkach”. Wymagają one wykazania w dokumentacji postępowania okoliczności wskazujących na potrzebę przedłużenia terminu związania ofertą. Należy przy tym wskazać, że zwrócenie się o takie przedłużenie jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego.

3. Przepis ust. 2 określa wymagania stawiane w tym względzie zamawiającemu. Są one następujące: wykazanie, że zaistniał „uzasadniony przypadek” wskazujący na potrzebę przedłużenia terminu związania ofertą, możliwość zwrócenia się, i to tylko raz, do wykonawców na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na oznaczony okres, nie dłuższy niż 30 dni. W odpowiedzi zamawiającemu wykonawca może: odmówić zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – co oznacza w praktyce jego rezygnację z dalszego udziału w postępowaniu bez utraty wadium (ust.3), albo wyrazić taką zgodę (najpóźniej w ostatnim dniu upływu pierwotnego terminu) – co wiąże się z obowiązkiem jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (ust. 4). Wyrażenie zgody powinno mieć formę oświadczenia wykonawcy, bowiem zgody nie można domniemywać (np. uznać za zgodę „milczenie” wykonawcy w przypadku, gdy wadium zostało wniesione w pieniądzu, a wykonawca nie wnioskuje o jego zwrot). Wykonawca nie może uwzględnić żądania zamawiającego w części, tj. wskazać termin krótszy od żądanego, w którym będzie związany ofertą. Oznaczenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem zamawiającego, a nie wykonawcy.
4. Nazwa „termin” użyta w ust. 1 oznacza „okres czasu”, w którym wykonawca jest związany ofertą (patrz komentarz do art. 84). Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Ust. 5 komentowanego artykułu odmiennie od postanowień Kc reguluje kwestie obliczania terminu związania wykonawcy ofertą. Wyraźne wskazanie, iż bieg tego terminu rozpoczyna się wraz (a więc w tej samej chwili) z upływem terminu składania ofert co powoduje, iż nie znajdzie w tej sytuacji zastosowania art. 111 ust. 2 Kc. Dla obliczania terminu związania ofertą uwzględnia się dzień jej złożenia. Jeżeli obliczonym końcem terminu jest dzień uznany za ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego (art. 115 Kc).

Art. 86 [Otwarcie ofert]

- 1. Z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert.**
- 2. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia.**

3. **Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.**
4. **Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.**
5. **Informacje, o których mowa w ust. 3 i 4, przekazuje się niezwłocznie wykonawcom, którzy nie byli obecni przy otwarciu ofert, na ich wniossek.**

1. W okresie od upływu terminu składania ofert do momentu ich otwarcia oferty złożone przez wykonawców pozostają u zamawiającego w zamkniętych kopertach lub w innych opakowaniach uniemożliwiających zapoznanie się z ich zawartością. Oznacza to, że w tym czasie nie mogą zapoznać się z ich zawartością ani zamawiający, ani żaden z wykonawców, ani też osoby trzecie – pod rygorem odpowiedzialności karnej. Obowiązek zabezpieczenia ofert dotyczy zamawiającego również wówczas, gdy zgodnie z art. 82 ust. 2 oferta jest składana w postaci elektronicznej. Zamawiający może więc wyrazić zgodę na złożenie oferty w tej formie tylko w przypadku, gdy dysponuje środkami technicznymi pozwalającymi przestrzegać postanowień ust. 1.
2. Przepis ust. 2 utrzymuje dotychczasowe rozwiązanie dotyczące określenia momentu otwarcia ofert. Ustawodawca korzysta tu z dwóch określeń „bezpośrednio po upływie terminu ich składania” i „dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia”. Otwarcie ofert powinno zatem nastąpić w ostatnim dniu okresu składania ofert, pomiędzy ogłoszoną godziną (i ewentualnie minutą) dokonania tej czynności, a godziną 24⁰⁰ (o północy kończy się jeden dzień i rozpoczyna następny).
3. Otwarcie ofert jest jawne, co dotyczy każdego trybu udzielenia zamówienia, w którym następuje otwarcie ofert. Tym samym w czynności tej mogą uczestniczyć, poza zamawiającym który czynności tej dokonuje i wykonawcami (ich przedstawicielami i pełnomocnikami) bezpośrednio zainteresowanymi podawanymi w trakcie otwarcia ofert informacjami, także osoby trzecie. Regulacja ta jest przejawem realizacji zasady jawności, jednej z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych (art. 8 ust.1).
4. Czynności otwarcia ofert dokonuje zamawiający. Jego obowiązkiem jest zapewnienie wykonawcom i osobom trzecim odpowiednich warunków udziału w tej czynności, w szczególności stosownego pomieszczenia, oświetlenia, warunków do notowania podawanych informacji itp.
5. Zupełnym novum jest nałożenie na zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 3). Jest to rozwiązanie o istotnych skutkach natury prawnej, na co wskazuje wykładnia funkcjonalna tego przepisu. Podkreślając zwiększenie jawności oraz uniemożliwienie zamawiającym arbitralnego

unieważniania postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawodawca wskazał, że zamawiający nie będą mogli „nadużywać możliwości unieważniania postępowania uzasadniając, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą mogą przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Chociaż posłużono się tu zwrotem „kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć”, a w art. 93 ust. 1 pkt 4 występuje zwrot „kwota, którą zamawiający może przeznaczyć” należy przyjąć, że chodzi o tę samą kwotę, która jest kwotą wiążącą zamawiającego i której zamawiającemu nie wolno zmienić. Jednak wobec tego, że w toku postępowania może się okazać, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia wyższą kwotę od podanej przed otwarciem ofert, kwotę podaną należy uznać za kwotę minimalną, a nie maksymalną.

6. W ust. 4 został określony zakres informacji, jakie zamawiający jest obowiązany podać podczas otwarcia ofert. Obejmują one: nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także zawarte w ofertach ceny, terminy wykonania zamówienia, okresy gwarancji i warunki płatności. Wykonanie tego obowiązku polega na podaniu wymaganych ustawą informacji dotyczących każdego (także nieobecnego podczas otwarcia ofert) wykonawcy. Należy wyraźnie podkreślić, że informacje dotyczące terminu wykonania, okresu gwarancji oraz warunków płatności zamawiający podaje tylko wówczas, gdy są one kryteriami oceny ofert. Zamawiający może podać także inne informacje (parametry), o ile mają one wpływ na ocenę ofert.
7. Wobec tego, że termin otwarcia ofert został podany w ogłoszeniu a następnie w SIWZ, zamawiający nie ma obowiązku odrębnego zawiadomiania wykonawców o terminie tej czynności i dokonuje jej niezależnie od liczby obecnych. Każdy z wykonawców nieobecnych podczas otwarcia ofert może wystąpić do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie mu wszystkich informacji podanych w toku dokonywania tej czynności, w tym informacji dotyczącej kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 4). Przekazanie nieobecnemu podczas otwarcia ofert wykonawcy, na jego wniosek, podanych w toku tej czynności informacji powinno nastąpić niezwłocznie (ust. 5), co powinno oznaczać – w dacie wpływu wniosku lub następnego dnia. Wobec tego, iż zamawiający nie może zmusić obecnych do wpisania się na listę obecności (nie może usunąć z sesji otwarcia ofert osób, które odmówią wpisania się na listę), a z drugiej strony nie ma prawa wymagać ujawnienia się przedstawicieli wykonawców należy przyjąć, że każdemu wykonawcy, który złoży wniosek o udostępnienie informacji z otwarcia ofert zamawiający powinien informację tę przekazać, o ile nie posiada potwierdzenia, że taki wykonawca był obecny podczas otwarcia ofert.

Art. 87 [Wyjaśnienia treści oferty, poprawianie omyłek]

- 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej**

oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

1. Ustawa utrzymuje instytucję wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, których zamawiający może żądać od wykonawców w toku badania i oceny ofert. W związku z brzmieniem ust. 1 zdanie pierwsze należy wskazać, że: a) wątpliwości zamawiającego muszą powstać w „toku badania i oceny ofert”, nie wcześniej i nie później, b) muszą to być wątpliwości co do treści ofert, a że oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy, wątpliwości mogą dotyczyć jedynie treści oświadczenia woli tj. woli zawarcia z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego i istotnych postanowień tej umowy, c) wątpliwości nie mogą dotyczyć treści oświadczeń i dokumentów dołączanych do ofert, te bowiem nie stanowią treści oferty (treści oświadczenia woli wykonawcy zawartej w formularzu ofertowym), lecz jedynie potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę formalnych i merytorycznych warunków udziału w postępowaniu. Żądanie wyjaśnienia treści oferty, kierowane do wykonawcy, wymaga zachowania formy pisemnej, taką też formę powinno zachować wyjaśnienie wykonawcy (art. 9 ust. 1).
2. Ustawa uznaje za niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywanie w niej (poza jednym wyjątkiem, o którym niżej) jakiegokolwiek zmiany (ust. 1). Wyjątkiem od zakazu wprowadzania do złożonej oferty jakiegokolwiek zmiany jest uprawnienie zamawiającego do poprawienia w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej oraz – co stanowi novum ustawy – omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. Przyznanie zamawiającemu tego ostatniego uprawnienia (poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny) jest konsekwencją uznania, że dotychczasowe przepisy, nakazujące zamawiającemu odrzucenie oferty z powodu błędów w obliczeniu ceny były postrzegane jako zbyt rygorystyczne. Nowe rozwiązanie powinno zmniejszyć formalizm postępowania oraz liczbę odrzuczanych z tego powodu ofert.
3. Z analizy ust. 2 komentowanego artykułu wynika, co następuje: oczywiste omyłki pisarskie i omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny muszą wystąpić w tekście oferty, warunkiem poprawienia omyłek pisarskich jest ich „oczywistość” („oczywista” znaczy bezsporna, nie budząca wątpliwości), warunkiem poprawienia omyłek rachunkowych jest stwierdzenie, że rzeczywiście zaistniały i to przy obliczeniu ceny. Przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie myłą pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części itp. Przez omyłkę rachunkową należy rozumieć omyłkę w przeprowadzeniu rachunków na liczbach. Omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny oznacza każdą omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny.

4. Poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej i omyłki rachunkowej przy obliczeniu ceny jest obligatoryjne („zamawiający poprawia...”). O poprawieniu w tekście oferty oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny zamawiający niezwłocznie (tego samego lub następnego dnia od poprawienia omyłek) zawiadamia, jak to wynika z literalnego brzmienia przepisu ust. 2, „wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty”. Sens takiego zawiadomienia wyraża się w tym aby wykonawcy, którzy złożyli oferty, nawet jeżeli już nie są uczestnikami postępowania, dowiedzieli się, jaka jest poprawiona cena oferty i rozważyli, jak to wpływa na ich interes prawny. Z zawiadomieniem wykonawcy o poprawieniu przez zamawiającego omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny ustawa wiąże istotne skutki prawne. Wynikają one z brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7. Stosownie do tego przepisu wykonawca może, w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia, oświadczyć zamawiającemu, że nie wyraża zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, co skutkuje bezskutecznością tej czynności zamawiającego.
5. Skutek prawny, o którym wyżej mowa, dotyczy poprawienia przez zamawiającego w tekście oferty wyłącznie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. *Lege non distinguente*, poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistych omyłek pisarskich – jest prawnie skuteczne. Wyrażenie zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny (podobnie jak brak takiej zgody) powinno być dokonane w formie oświadczenia wykonawcy złożonego zamawiającemu. Brak zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 (wykonawca jednak nie traci wadium).
6. Od omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny należy odróżnić błąd w obliczeniu ceny, który nie może być poprawiony w podanym wyżej trybie, a jego stwierdzenie skutkuje odrzuceniem oferty (art. 89 ust. 6). Pojęcie błędu wiąże się z instytucją oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego, stanowi, jeżeli jest istotny (art. 84 § 2 Kc), jedną z wad oświadczenia woli. Błąd oznacza mylne wyobrażenie o prawdziwym stanie rzeczy, a istotny jest wówczas, gdy uzasadnia przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści. W praktyce chodzi z reguły o błąd co do faktu, polegający na fałszywym wyobrażeniu nie tyle o samej treści oświadczenia woli, ile o innych składnikach czynności prawnej¹ w przypadku zamówień publicznych m.in. takich elementów, jak przedmiot zamówienia czy cena.

¹ Zob. bliżej: B. Lewaszkiewicz-Petrykowska /w/ System prawa cywilnego, Tom I, Część Ogólna, Ossolineum, Wydawnictwo PWN 1985, s. 669–673. .

Art. 88 [Poprawianie omyłek w obliczaniu ceny]

Zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w następujący sposób:

- 1) w przypadku mnożenia cen jednostkowych i liczby jednostek miar:**
 - a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową,**
 - b) jeżeli cenę jednostkową podano rozbieżnie słownie i liczbą, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar i ten zapis ceny jednostkowej, który odpowiada dokonaniem obliczeniu ceny;**
 - 2) w przypadku sumowania cen za poszczególne części zamówienia:**
 - a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen za części zamówienia, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za części zamówienia,**
 - b) jeżeli cenę za część zamówienia podano rozbieżnie słownie i liczbą, przyjmuje się, że prawidłowo podano ten zapis, który odpowiada dokonaniem obliczeniu ceny,**
 - c) jeżeli ani cena za część zamówienia podana liczbą, ani podana słownie nie odpowiadają obliczonej cenie, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za część zamówienia wyrażone słownie;**
 - 3) w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa):**
 - a) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia,**
 - b) jeżeli cena ryczałtowa podana liczbą nie odpowiada cenie ryczałtowej podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie,**
 - c) jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe.**
1. Przepisy komentowanego artykułu regulują sposób poprawiania przez zamawiającego omyłek rachunkowych w obliczaniu ceny w szczegółowo określonych przypadkach. Chodzi o poprawienie omyłek rachunkowych polegających na błędnym mnożeniu cen jednostkowych i liczby jednostek oraz na błędnym sumowaniu cen za poszczególne części zamówienia. W przypadku cen ryczałtowych uznaje się za poprawną tę cenę bez względu na sposób jej obliczenia. Przyjęto też, iż w przypadku, gdy cena podana liczbą nie odpowiada cenie podanej słownie prawidłowa jest cena podana słownie. Wreszcie, w razie gdy obliczona cena nie odpowiada sumie cen uznaje się za prawidłowe poszczególne ceny ryczałtowe. Ze względu na szczegółowość regulacji przepisy te należy interpretować wąsko (co nie znaczy zawężająco), ściśle, zgodnie z ich literalnym brzmieniem.
2. W przypadku wystąpienia w ofercie więcej niż jednej omyłki rachunkowej zamawiający może skorzystać kilkakrotnie z tego samego sposobu poprawiania kolejnych omyłek, lub kilku różnych sposobów wskazanych w przepisie. Istotne

jest przy tym zachowanie takiej kolejności poprawiania, która w konsekwencji doprowadzi do prawidłowego obliczenia ceny.

3. Poprawienie omyłek rachunkowych w obliczaniu ceny w inny sposób niż określony w tym przepisie jest niedopuszczalne. Niedopuszczalne jest w szczególności poprawienie omyłek związanych z obliczeniem podatku od towarów i usług lub z sumowaniem kwoty podatku i ceny netto.

Art. 89 [Odrzucenie oferty]

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny;
- 7) wykonawca w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

2. Zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców o odrzuceniu ofert, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

1. W Pzp utrzymano instytucję odrzucenia oferty. Z istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w toku tego postępowania zamawiający jest obowiązany dokonać oceny ofert złożonych przez wykonawców. Przedmiotem merytorycznej oceny są tylko oferty „ważne” i spośród nich zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą. Oferty zawierające oczywiste omyłki pisarskie czy omyłki rachunkowe co do ceny zamawiający jest obowiązany uznać za „ważne”, a więc podlegające merytorycznej ocenie, po uprzednim poprawieniu tych omyłek i wyrażeniu przez wykonawców zgody na poprawienie omyłek (zgody wymaga poprawienie omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny). Oferty zawierające inne omyłki niż oczywiste omyłki pisarskie i omyłki rachunkowe co do ceny, których zamawiający poprawić nie może, wobec zakazu jakiegokolwiek zmiany w treści oferty podlegają odrzuceniu.
2. Przepis ust. 1 wymienia przesłanki z których każda, w razie zaistnienia, skutkuje odrzuceniem oferty. Odrzucenie oferty jest obligatoryjne („zamawiający odrzuca...”). Przesłankę obligatoryjnego odrzucenia oferty określa też przepis art. 90 ust. 3 („zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień...”).

3. Przez ofertę niezgodną z ustawą (ust.1 pkt 1) należy rozumieć ofertę niezgodną: z zasadami udzielania zamówień (art. 7 – 9), jak też z poszczególnymi przepisami Pzp, z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie Pzp, a także z przepisami aktów prawnych, do których Pzp się odwołuje (np. z przepisami prawa budowlanego).
4. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Nie pozostaje w takiej niezgodności oferta wariantowa w zakresie, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia (patrz komentarz do art. 82) Zważywszy, że rozważany przepis dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a *contrario* należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji.
5. Ustawa nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny” jako przesłanki odrzucenia oferty wskazując jedynie, że punktem odniesienia jest w tym przypadku przedmiot zamówienia, a w samej rzeczy wartość przedmiotu zamówienia. Pojęcia tego nie zdefiniowano w postanowieniach dyrektyw Unii Europejskiej, nie wyjaśniono go również jednoznacznie w orzecznictwie ETS. Zważywszy cel komentowanego przepisu za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Przyczyną oferowania takiej ceny może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy grożącą niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.
6. Jak już podkreślono, a wynika to z treści przepisu ust. 1 pkt 4 komentowanego artykułu, punktem odniesienia do kwalifikowania ceny oferowanej przez wykonawcę jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena przedmiotu zamawiającego, powiększona o podatek od towarów i usług (VAT). Obowiązek uwzględnienia tego podatku w cenie oferowanej przez wykonawcę wynika z art. 2 pkt 1 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach¹. Wskazany wyznacznik nie może być jednak traktowany jako bezwzględnie wiążący, przesądzający o uznaniu oferowanej ceny za rażąco niską, choćby ze względu na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia z nienależytą starannością. Powinien jednak być sygnałem do wdrożenia procedury przewidzianej w art. 90.
7. Nieco odmiennie przedstawia się sytuacja w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo. Różnica wynika z odmiennego sposobu ustalenia wartości szacunkowej takich zamówień, jako że zamawiający bierze w tym

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 ze zm.

przypadku pod uwagę łączną wartość zamówień okresowych, jakich zamierza udzielić w określonym czasie (art. 34 ust. 1), w razie zaś zamówienia dzielonego na części – łączną wartość zamówień podzielonych na części (art. 32 ust. 4). W sytuacji, gdy zamawiający zamierza zorganizować kilka odrębnych postępowań na określone usługi lub dostawy powtarzające się okresowo, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej nie będzie ustalona przez zamawiającego łączna wartość tych zamówień, lecz wartość odzwierciedlająca zakres zamówienia będącego przedmiotem odrębnego postępowania. Powyższe rozwiązanie należy stosować przez analogię do zamówień udzielanych w częściach, gdzie wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, mimo iż każda część stanowi przedmiot odrębnego postępowania.

8. W sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale różni się w sposób rażąco od cen innych oferentów, zamawiający powinien przede wszystkim rozważyć, czy przyjęta przez niego wartość zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług (VAT) była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że nie była, nie powinien brać tej wartości pod uwagę jako podstawy kwalifikacji oferowanej ceny za rażąco niską. Powinien natomiast dokonać ponownego ustalenia wartości przedmiotu zamówienia, ale wyłącznie dla rozstrzygnięcia kwestii rażąco niskiej ceny wykonawcy. Wcześniej ustalona wartość przedmiotu zamówienia (ustalenia tej wartości zamawiający dokonuje przed dniem wszczęcia postępowania – art. 35) nie ulega zmianie. Jednak w razie stwierdzenia, że postępowanie jest prowadzone poniżej progów określonych w ustawie, zamawiający powinien rozważyć, czy nie zachodzi podstawa do jego unieważnienia.
9. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający jest obowiązany przed odrzuceniem oferty zastosować procedurę określoną w art. 90. Rozwiązanie to wynika z ogólnej zasady nakazującej wysłuchanie argumentacji drugiej strony stosunku prawnego. W orzecznictwie kształtującym się w UE wskazano też, że jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych niedopuszczalne jest automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego) bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferty są rzetelne¹.
10. Przepis ust. 1 pkt 5 stanowi o odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców wykluczonych już z udziału w postępowaniu na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 i 2, jak również ofert złożonych przez wykonawców niezaproszonych do składania ofert w postępowaniach prowadzonych w trybach: przetargu ograni-

¹ Zob. Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo).

czonego (art. 51 ust. 1–3), negocjacji z ogłoszeniem (art. 59 ust. 1), negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 1 i 3), zapytania o cenę (art. 71 ust. 1) oraz aukcji elektronicznej (art. 76 ust. 2). Obowiązek odrzucania oferty wykonawcy uprzednio wykluczonego z udziału w postępowaniu nie będzie wykonywany gdy się zważy, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą ex lege (art. 24 ust. 4).

11. Przepis ust. 1 pkt 6 określa dwie sytuacje, z których każda skutkuje odrzuceniem oferty: oferta zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub zawiera błąd w obliczeniu ceny. Związek sytuacji pierwszej z regulacją zawartą w art. 88 wymaga od zamawiającego uprzedniego wyłączenia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, możliwej do poprawienia na podstawie tego przepisu. Dopiero zatem stwierdzenie w tekście oferty omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, które nie mogą być poprawione w sposób określony w powołanym wyżej przepisie skutkuje odrzuceniem tej oferty. Błąd w obliczeniu ceny do którego odnosi się druga sytuacja nie jest de facto błędem „w obliczeniu” (błędem rachunkowym), lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny (patrz komentarz do art. 87). Brak zgody wykonawcy na poprawienie przez zamawiającego omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny skutkuje bezskutecznością tej czynności zamawiającego (poprawienie omyłki nie jest możliwe). Stanowi natomiast przesłankę odrzucenia oferty (ust. 1 pkt 7).
12. Przez „odrębne przepisy”, o których mowa w ust. 1 pkt 8 komentowanego artykułu należy rozumieć przede wszystkim przepisy Kc traktujące o czynnościach prawnych (art. 56 i nast.) i o wadach oświadczenia woli (art. 82 i nast.).
13. 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 prawnych). Zwrot „wszystkich wykonawców” oznacza wykonawców, którzy w dacie czynności odrzucenia oferty byli uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 90 [Rażąco niska cena]

1. **Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.**
2. **Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.**

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Jeżeli jedynym kryterium wyboru oferty jest cena, a wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 130 000 euro, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę.

1. Ustawa przyjmuje zasadę, że podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek ceny oferty do przedmiotu (wartości przedmiotu) zamówienia, co bynajmniej nie oznacza, że oferta z ceną niższą od wartości zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług zawiera cenę rażąco niską. Relacja taka może być jedynie wskazówką dla zamawiającego, że cena – być może – jest rażąco niska (patrz komentarz do art. 89).
2. Przepisy ust. 1 i 2 określają procedurę, jaką zamawiający ma obowiązek (czynność obligatoryjna) stosować w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Według tej procedury zamawiający: a) zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie (zważywszy na zapewnienie sprawności postępowania o udzielenie zamówienia powinien to być krótki, kilkudniowy termin) wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, b) dokonuje oceny wyjaśnień wykonawcy (jeżeli w określonym terminie zostały złożone), biorąc pod uwagę takie obiektywne czynniki, jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, a także inne obiektywne czynniki, gdyż wyżej wymienione nie stanowią zamkniętego katalogu. Po wykonaniu tych czynności odrzuca ofertę – jeżeli wykonawca w określonym terminie nie złożył wyjaśnień lub gdy ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, albo dopuszcza ofertę do merytorycznej oceny ofert – jeżeli na podstawie oceny wyjaśnień wykonawcy przyjmie, że cena oferty nie może być uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaistniała inna przesłanka jej odrzucenia.
3. Przepis ust. 4 nakłada na zamawiającego obowiązek (czynność obligatoryjna) zawiadomienia o odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4) Prezesa Urzędu i Komisję Europejską, ale tylko w przypadku, gdy: jedynym kryterium wyboru oferty jest cena, a wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a dla dostaw lub usług 130 000 euro. W zawiadomieniu należy przytoczyć okoliczności faktyczne na rzecz stanowiska zamawiającego, że odrzucona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 91 [Kryteria oceny ofert]

- 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
 - 2. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia oraz termin wykonania zamówienia.**
 - 3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.**
 - 4. Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną.**
 - 5. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych.**
 - 6. Wykonawcy składając oferty dodatkowe nie mogą zaferować cen wyższych niż zaferowane w złożonych ofertach.**
1. Ustawową (legalną) definicję oferty najkorzystniejszej zawiera przepis art. 2 pkt 5. Wynika z niej, że najkorzystniejszą ofertą jest: w przypadku, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena – oferta z najniższą ceną, w przypadku, gdy kryteriami oceny ofert są cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia – bilans ceny i określonych w SIWZ kryteriów przedmiotowych, w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.
 2. Poszczególne przepisy komentowanego artykułu regulują kilka kwestii prawnych. W normalnym związku przyczynowym z oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej pozostają przepisy zawarte w ust. 1–2. Pozostałe przepisy bądź doprecyzowują pojęcie kryteriów oceny ofert (ust. 3), bądź normują sytuacje szczególne w nich określone (ust. 4–6).
 3. Podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej określa ust. 1. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Oznacza to, że żadnych innych kryteriów oceny ofert zamawiający nie może brać pod uwagę. Należy tu zauważyć, że jeżeli kryteria oceny ofert zawarte są także w ogłoszeniu o zamówieniu (np. art. 41 pkt 9), musi istnieć pełna zgodność kryteriów i ich zna-

czeń zawartych w SIWZ oraz w ogłoszeniu. Brak zgodności oznacza zmianę kryteriów oceny ofert, co jest niedopuszczalne (art. 38 ust. 5), a w konsekwencji prowadzi do unieważnienia postępowania. Niejako na marginesie trzeba przypomnieć, że na podstawie tego samego przepisu niedopuszczalna jest także zmiana warunków udziału w postępowaniu (z wyjątkiem, o którym mowa w art. 58).

4. Zgodnie z przepisem ust. 2, kryteriami oceny ofert są: cena, albo cena i inne kryteria, które mogą odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z powyższego cena jest jedynym kryterium obligatoryjnym. Jest to wartość wyrażona w pieniądzu, którą zamawiający jest zobowiązany zapłacić wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia. Innymi słowy jest to świadczenie wzajemne zamawiającego wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jest to cena brutto, a zatem uwzględniająca podatek od towarów i usług (VAT), a w sytuacjach określonych przepisami odrębnymi także podatek akcyzowy. Cena jest kryterium mierzalnym, określanym z reguły stosownym algorytmem.
5. Kryteria przedmiotowe wymienione są w Pzp przykładowo, na co wskazuje użycie w powołanym wyżej przepisie zwrot „w szczególności”. Zamawiający może zatem wprowadzać w SIWZ inne jeszcze kryteria oceny ofert, z tym jedynie zastrzeżeniem, że będą to kryteria przedmiotowe. W praktyce stosowane są najczęściej kryteria jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, warunków gwarancji, terminu wykonania zamówienia i serwisu gwarancyjnego.
6. Jakość jest pojęciem trudnym do określenia, w zasadzie niemierzalnym, stosowanym w sytuacji zaistnienia trudności w opisie przedmiotu zamówienia. Kryterium jakości wymaga w związku z tym szczegółowego opisu sposobu jego oceny. Konieczność ta wiąże się z niezbędnym zakresem uznaniowości oceniających, co prowadzi niekiedy do dowolności oceny, a w konsekwencji do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Stosunkowo najłatwiej jest ocenić jakość w przypadku dostawy. Niekiedy łączy się kryterium jakości z estetyką wykonania określonego produktu.
7. Kryterium „funkcjonalności” stwarza możliwość skupienia się na ocenie funkcji, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia. Nie wszystkie funkcje dadzą się ocenić poprzez przyjęcie stosownego algorytmu, co musi skutkować sięgnięciem do oceny opartej na uznaniu, stwarzającym, jak już wyżej podkreślono w odniesieniu do kryterium jakości zagrożenie dowolności oceny. I tym razem niezbędny jest szczegółowy opis oceny oferty w tym aspekcie.
8. Parametry techniczne powinny być określane w postaci warunków. Zamawiający powinien wymienić parametry techniczne, które będą oceniane i określić ich znaczenie, przypisując każdemu z nich stosowną liczbę punktów. Kryterium to jest mierzalne i w tym upatruje się przede wszystkim jego zaletę.

9. Warunki gwarancji stanowią w zasadzie jedno z postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaliczane do tzw. *naturalia negotii*, tj. postanowień, które oprócz istotnych postanowień umowy (*essentialia negotii*) mogą być w niej zawarte. Zgodnie z przepisem ust. 2 komentowanego artykułu warunki gwarancji mogą też stanowić kryterium oceny ofert. W ramach tego kryterium mogą być bowiem oceniane tak istotne kwestie, jak: termin (w kontekście jego wydłużenia) udzielonej gwarancji, jej zakres, zapewnienie serwisu pogwarancyjnego czy dostępu do części zamiennych. Jest to kryterium mierzalne.
10. Podobnie jak w przypadku warunków gwarancji, jednym z przedmiotowo ważnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego jest termin wykonania zamówienia. Uznając ten termin za jedno z kryteriów oceny ofert ustawodawca uznał, iż zamawiający może być zainteresowany w odpowiednim np. skróceniu terminu w stosunku do standardowego terminu realizacji tego rodzaju zamówienia. W takiej sytuacji zamawiający pozostawia wykonawcy określenie w ofercie terminu, w jakim jest w stanie wykonać zamówienie. Jest to kryterium mierzalne, bowiem decyduje konkretna data bądź konkretny okres wykonania zamówienia.
11. W związku z warunkami gwarancji pozostaje serwis gwarancyjny. Wprowadzając to kryterium zamawiający może poddać ocenie takie warunki, jak: dostępność serwisu, czas pracy punktów serwisowych, ich rozmieszczenie w okolicy siedziby zamawiającego, możliwość wykonania usługi w siedzibie zamawiającego, godziny pracy punktu serwisowego, czas wykonania usługi, liczony od zgłoszenia naprawy i inne.
12. Przepis ust. 2 komentowanego artykułu zawiera też kryterium wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonania zamówienia, przy czym bywa ono utożsamiane z kryterium liczby bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia. Utożsamienie to nie jest zasadne, są to bowiem dwa różne kryteria, z których pierwsze dotyczy wyłącznie liczby osób bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia, drugie zaś wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy. Przy ocenie kryterium wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonania zamówienia zamawiający może brać pod uwagę m.in. liczbę bezrobotnych zatrudnianych dla wykonania zamówienia, ale nie tylko. Tym samym kryterium to ma szersze znaczenie i zastosowanie niż kryterium liczby bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia. Możliwość zastosowania kryterium wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonania zamówienia przesądza o możliwości ustalenia kryterium liczby bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia jako kryterium samodzielnego. Kryterium takie, jeżeli zostało ustalone w sposób obiektywny i zapewniający przede wszystkim równe traktowanie wykonawców nie narusza podstawowych zasad Pzp, jak również nie dotyczy właściwości wykonawcy. Wydaje się, że użyty w rozważanym przepisie zwrot „wpływ sposobu wykonania zamówienia” w pierwszej kolejności

nakazuje odnosić to kryterium do przetargu, w którym zamawiający dopuścił możliwość składania ofert wariantowych, przez którą należy rozumieć ofertę przewidującą odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia (art. 2 pkt 7). Zastosowanie kryterium wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy będzie miało siłą rzeczy ograniczone zastosowanie w przypadkach postępowań, w których nie została dopuszczona możliwość składania ofert wariantowych i będzie tak naprawdę ograniczone do liczby bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia. Co do zasady, zamawiający ma bowiem obowiązek opisu przedmiotu zamówienia i sposobu, w jaki będzie on wykonywany, co ogranicza pełne zastosowanie tego kryterium.

13. Powstaje pytanie, co jeszcze (oprócz liczby osób bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia) zamawiający może brać pod uwagę przy ocenie kryterium wpływu sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonania zamówienia. Trzeba przy tym pamiętać, że zamawiający jest obowiązany do opisanie w SIWZ kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty (art. 36 ust. 1 pkt 18). Przykładowo, zamawiający chce wybudować oczyszczalnię ścieków i dopuszcza składanie ofert wariantowych tj. takich które przewidują odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia. W tym przypadku przy ocenie ofert, oprócz kryterium liczby bezrobotnych zatrudnionych do wykonania zamówienia, może brać pod uwagę np. to, że w nowo wybudowanej oczyszczalni znajdzie zatrudnienie większa liczba pracowników. Nie sposób przy tym nie uwzględnić tego, że nadawanie zbyt wielkiego znaczenia rozważanemu kryterium może prowadzić do nieracjonalnego wydatkowania przez zamawiającego środków publicznych. Mogą bowiem zdarzać się sytuacje, że wykonawca będzie zobowiązywał się do zatrudniania nadmiernej liczby bezrobotnych w stosunku do liczby wystarczającej do wykonania zamówienia, wliczając koszty w cenę bez przypisania im właściwego znaczenia. Może dochodzić do zachwiania, przy ocenie ofert, proporcji pomiędzy dwoma kryteriami – kryterium ceny i kryterium sposobu wpływu zamówienia na rynek pracy.
14. Z pojęciem „inne kryteria”, użytym w ust. 2 komentowanego artykułu, koresponduje przepis ust. 3, według którego kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej i finansowej. Przepis ten należy traktować jako zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Zakaz ten ulega złagodzeniu w postępowaniach, których przedmiotem są usługi wymienione w art. 5 ust. 1.
15. Przepisy ust. 4–6 regulują sytuacje szczególne, które mogą wystąpić przy merytorycznej ocenie ofert i wykluczyć wybór oferty najkorzystniejszej na ogólnej podstawie, określonej w ust. 1. W razie wystąpienia takich sytuacji zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, stosując następujące rozwiązania ustawowe: a) jeżeli dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny

i innych kryteriów oceny ofert – wybiera spośród tych ofert ofertę z najniższą ceną (ust. 4), b) jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie, a cena jest jedynym kryterium oceny ofert – wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w określonym im terminie ofert dodatkowych (ust. 5) z zastrzeżeniem, iż cena zaoferowana w ofercie dodatkowej nie może być wyższa od ceny podanej w złożonej ofercie (ust. 6) i po złożeniu tych ofert wybiera ofertę wykonawcy, który w ofercie dodatkowej podał najniższą cenę.

16. Termin (w sensie okres czasu), o którym mowa w ust. 5, powinien być, zważywszy zasadę sprawności postępowania o udzielenie zamówienia, bardzo krótki, nie przekraczający kilku dni.

Art. 92 [Wybór oferty]

O wyborze oferty zamawiający zawiadamia niezwłocznie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia, a jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro – również Prezesa Urzędu, za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu, podając nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz jej cenę.

1. Merytoryczna ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej są tymi czynnościami zamawiającego, które formalnie rzecz biorąc kończą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale też mogą budzić wśród uczestników tego postępowania, których oferty nie znalazły uznania zamawiającego, zastrzeżenia dotyczące zasadności dokonanego wyboru oraz wolę korzystania ze środków ochrony prawnej.
2. Mając powyższe względy na uwadze, a także kierując się zasadą jawności tego postępowania, ustawodawca utrzymał w nowej ustawie rozwiązanie, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek niezwłocznego zawiadamiania wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia o wyborze oferty. Treść zawiadomienia powinna obejmować nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego oferta została wybrana oraz cenę oferty. Obowiązek, o którym mowa, ciąży na zamawiającym w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia. Użyty zwrot „którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia” oznacza zawiadomienie co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty, niezależnie od tego, czy w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty byli jeszcze uczestnikami postępowania.
3. Wzgląd na uprawnienia nadzorcze i kontrolne Prezesa UZP (art. 154 pkt 11 oraz 168 ust. 1), a także jego uprawnienia procesowe (art. 195 ust. 1 pkt 4) stanowi postawę ustawowego obowiązku zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty również Prezesa Urzędu. Obowiązek ten został ograniczony do przypadków, gdy wartość przedmiotu zamówienia przekracza wyrażoną w złotych

równowartość kwoty 60 000 euro. Zawiadomienie Prezesa Urzędu następuje z zachowaniem szczególnej formy, tj. za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu i uwzględnia treść przekazywaną wykonawcy. Wyraz „niezwłocznie” użyty w tym przepisie powinien być rozumiany: w dniu wyboru oferty lub następnego dnia.

4. Zważywszy na zasadę pisemności, obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 9 ust. 1), zawiadomienie wykonawcy o wyborze oferty wymaga zachowania formy pisemnej. Przesyłka zawierająca zawiadomienie o wyborze oferty powinna być, przede wszystkim dla celów dowodowych, doręczona wykonawcy za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro, zawiadomienie, o którym mowa może być przekazane pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (art. 28).

Art. 93 [Unieważnienie postępowania]

1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:
 - 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
 - 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu;
 - 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie aukcji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej albo nie zostały złożone oferty przez co najmniej dwóch wykonawców;
 - 4) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
 - 5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;
 - 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
 - 7) postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
2. Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.
3. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
4. W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnio-

nych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

1. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłącznym uprawnieniem zamawiającego. Nie może dokonać tej czynności za zamawiającego ani zespół arbitrów w postępowaniu odwoławczym, ani sąd okręgowy w postępowaniu skargowym. Wynika to z brzmienia przepisu ust. 1 („Zamawiający unieważnia...”), a także z przepisów określających kognicję (uprawnienia w zakresie orzekania) zespołów arbitrów (art. 191 ust. 1 i 2) oraz sądu okręgowego (art. 198 ust.2 i 3).
2. Zawarty w ust. 1 katalog przesłanek skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia jest zamknięty. Oznacza to, że unieważnienie postępowania na innej, niż określona w tym przepisie podstawie prawnej, jest prawnie bezskuteczne.
3. Przesłanka z ust. 1 pkt 1 zachodzi, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu (z zastrzeżeniem pkt 2 i 3 – o czym niżej). W praktyce przesłanka ta zaistnieje, gdy wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostaną odrzucone (za odrzuconą uznaje się też ofertę wykonawcy wykluczonego – art. 24 ust. 4) albo gdy wszyscy wykonawcy, którzy wnieśli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostaną wykluczeni z postępowania. Możliwa jest też sytuacja, że w postępowaniu nie zostanie złożona żadna oferta albo nie wpłynie żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przesłanka ta pozostaje w związku z regulacją, stanowiącą *novum* ustawy, uznającą za ważne postępowanie, gdy do „wyboru” (trudno tu mówić o wyborze) pozostaje zamawiającemu tylko jedna „ważna” (niepodlegająca odrzuceniu) oferta. Regulacja ta nie dotyczy, stąd zastrzeżenie zawarte w ust. 1, postępowania prowadzonego w trybie zapytania o cenę (wymóg złożenia co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu) i w trybie aukcji elektronicznej (wymóg wpływu co najmniej dwóch wniosków o dopuszczenie do udziału w aukcji albo złożenie ofert przez co najmniej dwóch wykonawców).
4. Przesłanka z ust. 1 pkt 2 zachodzi, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu (np. złożono trzy oferty, z których dwie zostały odrzucone). Wiąże się to z wymogiem ustawy, aby w postępowaniu prowadzonym w tym trybie zamawiający mógł dokonywać wyboru spośród co najmniej dwóch „ważnych” ofert.
5. Przesłanka z ust. 1 pkt 3 zachodzi, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie aukcji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w aukcji albo nie zostały złożone oferty przez co najmniej dwóch wykonawców. Wiąże się to z wymogiem ustawy, by w aukcji elektronicznej uczestni-

czyło co najmniej dwóch wykonawców. Tylko przy zachowaniu tego minimum aukcja elektroniczna może spełnić założony cel.

6. Przesłanka z ust. 1 pkt 4 zachodzi, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, „którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Z przesłanką tą wiąże się szeroko pojęte zagadnienie finansowania zamówień publicznych. Obowiązki w tym względzie obciążają zamawiającego. Z punktu widzenia wykonawcy istotny jest przepis, wprowadzony dopiero w Pzp, nakładający na zamawiającego obowiązek podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3).
7. Przesłanka z ust. 1 pkt 5 zachodzi, gdy wykonawcy wezwani przez zamawiającego do złożenia ofert dodatkowych – w przypadku, o którym mowa w art. 91 ust. 5 (w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena) złożyli oferty dodatkowe o takiej samej cenie. Ustawodawca uznał, że w zaistniałej sytuacji niecelowe jest kolejne wzywanie wykonawców do złożenia ofert dodatkowych. Z drugiej strony, gdyby wykonawcy składali za każdym razem oferty o takich samych cenach, procedurę wzywania ich do składania dalszych ofert dodatkowych należałoby w którymś momencie zakończyć. Zakończenie, zgodnie z ustawą, następuje po złożeniu ofert dodatkowych już po pierwszym wezwaniu.
8. Przesłanka z ust. 1 pkt 6 zachodzi w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Z powyższego przepisu wynika, że: a) zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, nie wystarczy jedynie możliwość jej wystąpienia, b) jest to istotna, a więc znacząca zmiana okoliczności, w rozważanym przypadku zmiana powodująca, że zarówno dalsze prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym (wręcz przeciwnie, w interesie tym leży wykorzystanie środków publicznych, z których przedmiot zamówienia miał być sfinansowany na inny cel społeczny), przy czym wystąpienia tej zmiany okoliczności nie można było, patrząc w kategoriach zobiektywizowanych, wcześniej przewidzieć, czyli była ona obiektywnie, a nie tylko dla zamawiającego, nieprzewidywalna. Zważywszy, że praktycznie każdy ze wskazanych wyżej elementów tej przesłanki ma charakter uznaniowy, zamawiający jest obowiązany do przedstawienia szczegółowego uzasadnienia swej czynności, w tym wykazania, że wszystkie te elementy, a muszą wystąpić łącznie, rzeczywiście zaistniały.
9. Przesłanka z ust. 1 pkt 7 zachodzi gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie (ważnej) umowy. Pomiedzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny (adekwatny) związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie

zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność *ab initio*, a tym samym prawną bezskuteczność. Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1, traktujący o przesłankach nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego.

10. Logika stwierdzenia przez zamawiającego takiej właśnie wady już w toku postępowania o udzielenie zamówienia i unieważnienia tego postępowania wydaje się oczywista. Lepiej bowiem wszcząć od początku nowe postępowanie o udzielenie zamówienia, przeprowadzić je poprawnie (bez takiej wady), a następnie zawrzeć ważną umowę, niż doprowadzić do zawarcia umowy bezwzględnie nieważnej (prawnie bezskutecznej) oraz do poniesienia konsekwencji prawnych, w tym kosztów, związanych z koniecznością procesu sądowego o stwierdzenia nieważności umowy. Wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest w szczególności obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (nie ma wykonawcy, a zatem nie ma z kim zawrzeć umowy). Jedną z przyczyn tego stanu rzeczy jest modyfikacja SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert lub warunków udziału w postępowaniu, która jest niedopuszczalna (art. 38 ust.3). Gdyby zatem zaistniała konieczność dokonania modyfikacji w takim zakresie (np. zamawiający bezprawnie zastosował kryterium podmiotowe albo zastosował dyskryminujący, ograniczający zasadę uczciwej konkurencji warunek udziału w postępowaniu), to z uwagi na jej niedopuszczalność zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie właśnie na podstawie przesłanki określonej w pkt 7.
11. W sytuacji, gdy zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych jest on uprawniony (ust. 2) do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w części, przy odpowiednim zastosowaniu przepisu ust. 1. Zamawiający unieważni postępowanie w części dotkniętej stosowną (jedną z wymienionych w ust.1) przesłanką nieważności.
12. Zamawiający nie może unieważnić postępowania z innych przesłanek niż wymienione w zamkniętym katalogu (ust. 1). Brak ustawowych przesłanek unieważnienia postępowania skutkuje wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą.
13. Obowiązek zawiadomienia o unieważnieniu postępowania równocześnie wszystkim wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia dotyczy nie tylko wykonawców uczestniczących w postępowaniu w dacie czynności zamawiającego o unieważnieniu postępowania, lecz również wykonawców, których oferty zostały wcześniej odrzucone lub uznane za odrzucone (w związku z wykluczeniem wykonawcy). Przyjmując to rozwiązanie, ustawodawca miał przede wszystkim na uwadze interes prawny oferentów, stworzenie wszystkim wykonawcom, którzy ubiegali się o przedmiotowe zamówienie równej szansy udziału w postępowaniu, które ze względu na skutek prawny

unieważnienia postępowania (jego nieważność ab initio) będzie się toczyć od początku, praktycznie od ogłoszenia o zamówieniu. Nie bez znaczenia jest też stworzenie równocześnie zawiadomionym wykonawcom jednakowej szansy wykorzystania środków ochrony prawnej. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia powinno zawierać uzasadnienie faktyczne (podanie okoliczności faktycznych) i prawne (przede wszystkim wskazanie przesłanki unieważnienia postępowania). Szczególnie dokładnego uzasadnienia wymaga unieważnienie postępowania w oparciu o przesłanki wymienione w ust.1 pkt 6 i 7.

14. Sprawa o roszczenie, o którym mowa w ust. 4, jest sprawą cywilną w rozumieniu art. 2 § 1 Kpc i podlega rozpoznaniu przez sąd powszechny (nie ma w komentowanej ustawie przepisu szczególnego, którym przekazano te sprawy do właściwości innego organu – art. 2 § 3 Kpc). Przedmiotem roszczenia wykonawcy jest zwrot uzasadnionych kosztów jego uczestnictwa w unieważnionym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Do uzasadnionych kosztów uczestnictwa wykonawcy w unieważnionym postępowaniu należą przede wszystkim koszty przygotowania oferty. Gdy zaś chodzi o inne koszty, a są to przede wszystkim wydatki (np. koszty zastępstwa prawnego poniesione przez wykonawcę w postępowaniu protestacyjnym), wykonawca jest obowiązany wykazać fakt i zasadność ich poniesienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Roszczenie o zwrot kosztów nie przysługuje wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub uznane za odrzucone.
15. Podstawę prawną odpowiedzialności zamawiającego stanowi przepis ust. 4. Wynikają z niego dwie przesłanki, które muszą wystąpić łącznie: wykonawca poniósł koszty związane z jego uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które to postępowanie zamawiający unieważnił, unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Za „przyczyny leżące po stronie zamawiającego” należy uznać zaniedbania wynikające z nienależytego wykonania obowiązków przez kierownika zamawiającego lub przez osoby, którym zamawiający powierzył zadania związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli ich skutkiem było unieważnienie postępowania. Unieważnienie postępowania może też być następstwem przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego (zob. przesłanki wymienione w ust. 1 pkt 1–3 oraz 5 i 6). W takim przypadku odpowiedzialność zamawiającego, z braku ustawowych przesłanek określonych w ust. 4 nie wchodzi w grę.
16. Ustawa nie określa terminu (w sensie chwili, momentu) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z utrwalającym się w orzecznictwie poglądem termin ten upływa z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dopuszcza się zatem unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia już po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 94 [Zawarcie umowy]

- 1. Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później jednak niż przed upływem terminu związania ofertą.**
- 2. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1.**

1. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest rezultatem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Problematykę prawną tych umów regulują przepisy Działu IV. Przepisy komentowanego artykułu (podobnie przepisy art. 95) dotyczą czynności zamawiającego związanych z samym zawarciem umowy. Z punktu widzenia wykonawcy zamówienia przepisy tego artykułu przewidują: podstawowy (ust. 1) i alternatywny (ust. 2) wariant zawarcia umowy.
2. W wariantcie podstawowym wykonawcą zamówienia publicznego jest wykonawca, którego oferta została wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako oferta najkorzystniejsza. Zawarcie umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą powinno nastąpić w terminie: nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o przyjęciu oferty, i nie później niż przed upływem terminu związania ofertą.
3. Określając w ust. 1 początkowy dzień terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (nie krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty), ustawodawca miał na uwadze możliwe protesty wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Niezbędne wydaje się zwrócenie uwagi na możliwe trudności interpretacyjne związane ze stosowaniem tego przepisu. Przepis ten dopuszcza możliwość zawarcia umowy w 7 dni terminu (w sensie okresu), z drugiej zaś strony w 7 dniu może być jeszcze wniesiony protest wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zwrot „w terminie nie krótszym niż 7 dni” należy interpretować „nie wcześniej niż 8 dnia”. Drugi problem interpretacyjny wiąże się ze zwrotem „przekazania zawiadomienia o przyjęciu oferty”. Przekazanie oznacza „wysłanie”, „nadanie”, nie zaś „doręczenie” równoznaczne z wyrazem „otrzymanie”. Problem pozostaje aktualny przy interpretacji szeregu innych przepisów ustawy (art. 11 ust. 2, art. 12 ust. 3, art. 42 ust. 1, art. 59 ust. 3).
4. Ust. 2 przewiduje „wariant alternatywny” zawarcia umowy. Znajdzie on zastosowanie jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przy czym za uchylanie się wykonawcy od

zawarcia umowy należy uznać odmowę podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego. Zamawiający dokonuje wówczas wyboru drugiej „najkorzystniejszej oferty” „spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny”. Wskazanie, iż ponowny wybór nie jest poprzedzany ponowną oceną ofert, a jednocześnie musi skutkować wybraniem oferty najkorzystniejszej przesądza, że wybraną ofertą będzie oferta „następna w kolejności” po ofercie wykonawcy, który uchylił się od zawarcia umowy. Z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko raz. Jeżeli zatem wykonawca, którego oferta została wybrana na podstawie tego przepisu również uchylił się od zawarcia umowy lub nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiający unieważni postępowanie.

Art. 95 [Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia]

- 1. Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Prezesowi Urzędu.**
- 2. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a na dostawy lub usługi – 130 000 euro, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zamawiający przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia również Prezesowi Urzędu.**
1. Przekazywanie ogłoszeń o zawarciu umów w sprawach zamówień publicznych organom wymienionym w komentowanym artykule jest obowiązkiem zamawiającego. Wynika on z zasady jawności umów w sprawach zamówień publicznych, a poza tym wiąże się z uprawnieniami kontrolnymi tych organów wynikającymi z regulacji unijnych i z prawa wewnętrznego, obejmującymi nie tylko postępowania o udzielanie zamówień publicznych, lecz również wykonanie umów w sprawach zamówień publicznych.
2. Obowiązek przekazania ogłoszenia o zawarciu umowy dotyczy umów o większej wartości przedmiotu zamówienia, a mianowicie gdy wartość ta przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro. Nie ma zatem takiego obowiązku, gdy wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza wymienionej wyżej kwoty.
3. Ogłoszenie o zawarciu umowy powinno być przekazywane niezwłocznie po zawarciu umowy: Prezesowi Urzędu – gdy wartość zamówienia mieści się w granicach od wyrażonej w złotych równowartości kwoty przekraczającej

60 000 euro do 5 000 000 euro na roboty budowlane oraz 130 000 euro na dostawy i usługi, Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, a niezwłocznie po tym również Prezesowi Urzędu – gdy wartość przedmiotu zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, a na dostawy i usługi – 130 000 euro. Niedookreślony termin „niezwłocznie” powinien być interpretowany w kontekście charakteru czynności zamawiającego, z którą jest związany. Wydaje się, że w rozważanym przypadku przekazanie ogłoszenia o zawarciu umowy można uznać za dokonane niezwłocznie, jeżeli następuje następnego dnia roboczego po zawarciu umowy. W innych sytuacjach zamawiający musi wykazać, że przekazanie ogłoszenia zaraz po zawarciu umowy nie było możliwe i nastąpiło tak szybko, jak tylko pozwalały na to okoliczności.

Rozdział 5

Dokumentowanie postępowań

Art. 96 [Protokół]

- 1. W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zwany dalej „protokołem”, zawierający co najmniej:**
 - 1) opis przedmiotu zamówienia;**
 - 2) informację o trybie udzielenia zamówienia;**
 - 3) informacje o wykonawcach;**
 - 4) cenę i inne istotne elementy ofert;**
 - 5) wskazanie wybranej oferty.**
- 2. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.**
- 3. Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty są jawne od chwili ich otwarcia.**
- 4. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.**
- 5. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:**
 - 1) wzór protokołu oraz zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole, mając na względzie wartość zamówienia, tryb postępowania o udzielenie zamówienia, a także mając na celu zapewnienie możliwości zgłaszania uwag do treści protokołu przez osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia;**

2) sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami, mając na względzie zapewnienie jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Obowiązek sporządzania protokołu powstaje w chwili wszczęcia postępowania. Wynika to wprost z przepisu, iż protokół sporządza się w trakcie postępowania, czyli wraz z dokonywaniem poszczególnych czynności. Jednocześnie przepis przesądza, iż protokół powinien być prowadzony na bieżąco wskazuje, że informacje zawierane w protokole, które odnoszą się do czynności poprzedzających wszczęcie postępowania powinny być w nim zamieszczone niezwłocznie po wszczęciu postępowania.
2. Protokół stanowi jedyny dokument odwzorowujący przebieg postępowania i obowiązek jego sporządzania jest niezależny od trybu, w którym prowadzone jest postępowanie oraz wartości przedmiotu zamówienia. Ustawa określa minimalny zakres informacji, które muszą być podawane w protokole, pozostawiając określenie szczegółowego zakresu aktowi wykonawczemu, który stanowi rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹. Różnicuje ono ilość i rodzaj informacji, uzależniając je od wartości zamówienia. W postępowaniach o wartości poniżej 60 000 euro nie zawiera się informacji o tych elementach postępowania, które ze względu na jego skalę najczęściej nie będą występować (np. o powołaniu biegłych, wyznaczeniu obserwatora, kontroli uprzedniej). Rozporządzenie określa również wzór protokołu dostosowany do trybów udzielania zamówienia.
3. Wszelkie dokumenty z postępowania stanowią załączniki do protokołu. Poza wymienionymi w ust. 2 ofertami, opiniami biegłych, oświadczeniami, informacją z zebrania wykonawców, zawiadomieniami, wnioskami oraz umową będą to również inne dokumenty i informacje składane zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawców. W szczególności załączniki stanowią wyjaśnienia dotyczące treści ofert składane na podstawie art. 87 ust. 1, wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1), a także ocena tych wyjaśnień dokonana przez zamawiającego. Załącznik do protokołu stanowią także dokumenty składane przez wykonawców oraz zamawiającego w związku z postępowaniem odwoławczym, a także wszelkie dokumenty wewnętrzne zamawiającego, w szczególności poświadczające powołanie komisji przetargowej i ewentualne zmiany w jej składzie, ale również notatki służbowe sporządzane w związku z prowadzonym postępowaniem. Tylko zgromadzenie kompletnej dokumentacji pozwala na ocenę prawidłowości przebiegu postępowania i wypełnia w ten sposób jedną z istotnych funkcji sporządzania protokołu.
4. Z przepisów ustawy nie wynika obowiązek zamawiającego prowadzenia w żadnej szczególnej formie protokołu prowadzonego konkursu. Jednakże zasada pi-

¹ Dz. U. z 2004 r Nr 71 poz. 646.

semności zobowiązuje zamawiającego do dokonywania czynności w trakcie konkursu tylko w tej formie. Ponadto, jeśli konkurs stanowi procedurę poprzedzającą postępowanie o udzielenie zamówienia, obowiązek przechowywania dokumentacji konkursu wynikający z art. 117 oraz z faktu, iż załącznikiem do protokołu jest każda informacja składana przez zamawiającego i wykonawców wskazująca, iż obowiązek ten powinien być realizowany poprzez uznanie dokumentacji z konkursu za załącznik do protokołu z postępowania.

5. Obowiązek sporządzania protokołu wynika z zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady jawności, zgodnie z którą protokół jest udostępniany każdemu, bez obowiązku udowodnienia interesu prawnego lub faktycznego w dostępie do protokołu. Ograniczenia tej zasady odnoszą się jedynie do terminu ujawniania treści ofert oraz pozostałych załączników, a także ograniczenia ujawniania informacji stanowiących tajemnicę handlową przedsiębiorstwa.
6. W zakresie udostępniania informacji zawartych w protokole zamawiający, którzy są zobowiązani do stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej¹ nie mogą uchybiać jej przepisom, zgodnie z którymi „każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną.” (art. 1 ust. 1). Obowiązek ten zgodnie z art. 4 wspomnianej ustawy dotyczy władz publicznych oraz innych podmiotów wykonujących zadania publiczne, w szczególności: organów władzy publicznej, organów samorządów gospodarczych i zawodowych, podmiotów reprezentujących zgodnie z odrębnymi przepisami Skarb Państwa, podmiotów reprezentujących państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne państwowe jednostki organizacyjne albo jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego, podmiotów reprezentujących inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym, oraz osoby prawne, w których Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, związków zawodowych i ich organizacji oraz partii politycznych. Większość wymienionych podmiotów w rozumieniu Pzp jest zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3, albo może uzyskać status zamawiającego w przypadku uzyskania środków publicznych. Podmioty te będą zobowiązane do ujawniania każdej informacji o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przewidziany w cytowanej ustawie, jeśli inne ustawy (w tym przypadku Pzp), nie przewidują odmiennych zasad i trybu dostępu do tej informacji (art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej).
7. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (art. 11

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 112 poz. 1198 z późn. zm.

ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹). Informacje te mogą dotyczyć dowolnego ze składników przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 551 Kodeksu cywilnego.

8. Jawność protokołu przejawia się również w terminie jego udostępniania. Jego treść jest udostępniana już w trakcie sporządzania (na bieżąco). Oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, respektując tym samym zapisaną w art. 86 ust. 1 zasadę poufności zawartości ofert do tego momentu. Pozostałe załączniki są udostępniane po wyborze najkorzystniejszej oferty. Przepis ten umożliwia zamawiającemu udostępnienie załączników dopiero po dokonaniu wyboru oferty, nie zakazując jednocześnie ich wcześniejszego udostępnienia z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Szczególnie istotna dla prawidłowości i sprawności prowadzenia postępowania jest możliwość udostępnienia wykonawcom treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ich ujawnienie dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty skutkowałoby prawem do wnoszenia środków ochrony prawnej na prawidłowość decyzji o wykluczeniu konkurenta już po wyborze oferty. Wydłużyłoby to i skomplikowało proces udzielania zamówienia.
9. Protokół wraz z załącznikami, zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udostępnia się w siedzibie zamawiającego, umożliwiając sporządzanie kopii oraz odpisów. W przypadku złożenia wniosku przez wykonawcę zamawiający jest obowiązany przesłać mu kopię protokołu. Inne niż wykonawca osoby nie są upoważnione do żądania przesłania protokołu, a wniosek złożony przez wykonawcę musi być złożony przez osobę uprawnioną do jego reprezentowania. Żądanie może dotyczyć wyłącznie przesłania protokołu bez załączników.
10. Rozporządzenie nie reguluje kwestii kosztów udostępniania protokołu, nie nakładając tym samym na zamawiającego obowiązku ich ponoszenia w przypadku np. złożenia przez wykonawcę wniosku o przesłanie protokołu, lub kopiowaniem dokumentacji. Dotyczący tych samych materii art. 15 ustawy o dostępie do informacji publicznej wskazuje, że podmiot udostępniający informację „może pobrać od wnioskodawcy opłatę w wysokości odpowiadającej kosztom udostępnienia informacji”.

Art. 97 [Przechowywanie protokołu, zwrot ofert]

- 1. Zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność.**

¹ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503.

2. Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone przez nich plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały.

1. Na zamawiającego nałożone zostały dwa obowiązki dotyczące okresu oraz sposobu przechowywania protokołu. Czteroletni okres przechowywania protokołu wraz z załącznikami rozpoczyna się wraz z zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia, a więc w dniu następującym po dniu zawarcia umowy. Zdefiniowanie zamówienia publicznego jako umowy (art. 2 pkt 13) przesądza, iż to właśnie czynność zawarcia umowy kończy postępowanie o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 111 § 2 Kc, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Jest to okres minimalny. Oceniając konieczność przechowywania poszczególnych dokumentów przez okres dłuższy, zamawiający powinien uwzględniać postanowienia innych aktów prawnych, w szczególności ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach¹ wraz z aktami wykonawczymi. W trakcie przechowywania protokołu stanowi podstawę czynności kontrolnych podejmowanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 170 ust. 1 oraz innych właściwych organów kontrolnych, w szczególności NIK i RIO. Stanowiąc materiał dowodowy może być również uwzględniany w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych i odpowiedzialności z tego tytułu. Zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy o finansach publicznych karalność naruszenia dyscypliny finansów publicznych ustaje jeśli od czasu popełnienia naruszenia minęły 3 lata, jednak wszczęcie postępowania w tym czasie może spowodować przedłużenie okresu karalności. Czteroletni okres przechowywania protokołu służy także wykorzystaniu przez prokuraturę i sądy w przypadku postępowań karnych.
2. Szczególny załącznik do protokołu stanowi umowa w sprawie zamówienia publicznego, która podobnie jak pozostałe załączniki powinna być przechowywana co najmniej przez 4 lata. Jednakże w sytuacji, gdy dotyczy zamówień realizowanych w dłuższym okresie lub z jej postanowień wynikają obowiązki lub roszczenia które mogą wykraczać poza ten okres, umowa powinna być przechowywana aż do zakończenia tego okresu.
3. Obowiązek przechowywania protokołu wraz z załącznikami oznacza, że zamawiającemu nie wolno jest zwrócić wykonawcy oferty po upływie terminu do ich składania, za wyjątkiem ofert złożonych z uchybieniem tego terminu (art. 84 ust. 2). Protokół wraz z załącznikami powinien być przechowywany w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Zamawiający odpowiada zarówno za zniszczenie jak i zagubienie protokołu oraz załączników, w szczególności złożonych ofert. Wyjątek od zasady konstytuującej obowiązek przechowywania ofert stanowi prawo zwrotu wykonawcom których oferty nie zostały wybrane (uznane za

¹ Ustawa z dnia 14 lipca 1983 roku o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2002 r., Nr 171, poz. 1396 z późn. zm.).

najkorzystniejszą) niektórych załączonych do ofert dokumentów. Aby złożone przez wykonawcę, plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe lub inne podobne materiały mogły być zwrócone niezbędne jest złożenie wniosku w tej sprawie przez wykonawcę. Ustawa określając, które elementy oferty mogą być zwrócone wyraźnie wskazuje, iż żądanie zwrotu może dotyczyć tych elementów ofert, które mają charakter prac twórczych lub są objęte ochroną praw autorskich albo praw wynikających z ustawy Prawo własności przemysłowej¹. Tak też należy rozumieć użyty przez ustawodawcę zwrot „inne podobne materiały”.

Art. 98 [Sprawozdanie]

- 1. Zamawiający sporządza roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach, zwane dalej „sprawozdaniem”.**
 - 2. Sprawozdanie zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu w terminie do dnia 1 marca każdego roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie.**
 - 3. Sprawozdanie dotyczące zamówień udzielonych na podstawie art. 136 ust. 1 zamawiający przekazuje za pośrednictwem ministra właściwego do spraw zagranicznych.**
 - 4. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w sprawozdaniu oraz jego wzór, mając na względzie wartość udzielonych zamówień, tryb ich udzielania oraz sposób wykonania zamówień, których wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla robót budowlanych albo 5 000 000 euro dla dostaw lub usług.**
1. Każdy zamawiający jest zobowiązany do sporządzenia corocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, które obejmuje zamówienia udzielone przez wszystkie jego jednostki organizacyjne. Sprawozdanie niezależnie od trwania u zamawiającego roku obrachunkowego zawsze dotyczy okresu od 1 stycznia do 31 grudnia. Tylko taki sposób gromadzenia danych pozwala na statystyczne ujęcie rynku zamówień publicznych oraz dokonywanie analiz jego funkcjonowania.
 2. Zakres sprawozdania określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach publicznych oraz jego wzoru². Stanowi ono, że sprawozdanie zawiera dane identyfikujące zamawiającego, rodzaj zamówienia w podziale na usługi, dostawy i roboty budowlane, a także liczbę i wartość udzielonych zamówień z uwzględnieniem trybu udzielenia zamówienia i przedziału wartości, w którym się zawiera.

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

² Dz. U. z 2004 r. Nr 50, poz. 479.

3. Obowiązek sporządzania sprawozdania dotyczy także podmiotów prywatnych, jeśli udzielały chociażby jednego zamówienia współfinansowanego ze środków publicznych, zgodnie z definicją zamawiającego zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6. Koncesjonariusz sporządza sprawozdanie wyłącznie wówczas, kiedy jest podmiotem zobowiązanym do stosowania tego przepisu ustawy. Obowiązek składania sprawozdań nie dotyczy więc koncesjonariuszy, o których mowa w art. 121 ust. 2. Ponadto z wyłączenia w rozporządzeniu rodzajów zamawiającego wyodrębniającego koncesjonariusza jako samodzielny rodzaj, należy wyprowadzić wniosek, że jeśli jest on jednocześnie zamawiającym o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–6, powinien dla zamówień udzielanych w celu wykonywania koncesji sporządzać odrębne sprawozdania.
4. Liczba udzielonych zamówień oznacza liczbę umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych w okresie sprawozdawczym. Może być tym samym wyższa od ilości przeprowadzonych postępowań, gdyż odrębnie będą wykazywane umowy zawarte wskutek postępowania z możliwością składania ofert częściowych. Sprawozdanie nie obejmuje informacji o unieważnionych postępowaniach. Jego zasadniczym celem jest bowiem monitorowanie sposobu dokonywania wydatków publicznych, które nie mają miejsca w przypadku unieważnienia postępowania.
5. Odrębny zakres sprawozdania stanowi informacja o sposobie wykonania zamówień, których wartość przekracza 5 000 000 euro dla dostaw lub usług, albo 10 000 000 euro dla robót budowlanych. Sporządza się ją oddzielnie dla każdego zamówienia o wskazanej wielkości, zamieszczając najistotniejsze dane o wykonywaniu umowy tzn. wprowadzanych zmianach, poszerzaniu zakresu przez udzielanie zamówień dodatkowych i odstąpieniu od umowy. Informacja ta stanowi element szczególnego nadzoru nad rynkiem największych zamówień.
6. Zamawiający przekazują sprawozdanie Prezesowi Urzędu samodzielnie, nie później niż 1 marca za poprzedni rok. Jedynie w przypadku zamówień udzielanych na zasadach szczególnych przez placówki zagraniczne, sprawozdanie jest przekazywane za pośrednictwem ministra właściwego ds. zagranicznych. W praktyce placówki zagraniczne mogą być zobowiązane do przekazania co roku dwóch sprawozdań: jednego dotyczącego zamówień udzielonych na zasadach ogólnych bezpośrednio Prezesowi Urzędu, drugiego, o zamówieniach na zasadach szczególnych za pośrednictwem MSZ.
7. Ustawa nie określa szczególnego sposobu przekazywania sprawozdań Prezesowi UZP. Instrukcja wypełniania załączona do rozporządzenia wyraźnie wskazuje jednak na przekazywanie go w formie elektronicznej informując, iż inny sposób tzn. droga pocztowa powinna być używana wyłącznie w przypadku braku możliwości korzystania z formy elektronicznej. Nie jest to jednak norma prawna należy więc przyjąć, że oba wskazane sposoby mogą być, zgodnie z decyzją zamawiającego, stosowane.

Dział III Przepisy szczególne

Rozdział 1 Konkurs

Art. 99 [Definicja]

Konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych.

1. Konkurs zdefiniowany jako przyrzeczenie publiczne nawiązuje do przepisów Kodeksu cywilnego (art. 919–921) i jest publicznym oświadczeniem zamawiającego (dłużnika), w którym zobowiązuje się on do jego dotrzymania. Oświadczenie jest kierowane do nieoznaczonej grupy podmiotów, które będą uprawnione do uzyskania nagrody w zamian za wykonanie czynności stanowiącej przesłankę przyrzeczenia. Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości organizowania konkursów zamkniętych. Przyrzeczenia może dokonać wyłącznie podmiot będący zamawiającym w rozumieniu art. 3. W stosunku do podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6 oznacza to, iż mogą dokonać przyrzeczenia dopiero w chwili, gdy zostanie w jednoznaczny sposób przesądzone, iż będą dysponować środkami publicznymi, a ponadto nagrodą w konkursie będzie udzielenie zamówienia. Wyłącznie w przypadku udzielania zamówień podmioty określone we wspomnianych przepisach są zobowiązane do stosowania ustawy.
2. Zasada określona w art. 25 ustawy o finansach publicznych¹, zgodnie z którą „prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba że ustawy stanowią inaczej” nie pozwala zamawiającemu w sposób dowolny ograniczać kręgu podmiotów, do których kieruje przyrzeczenie. Ograniczenie to może wynikać jedynie z przepisów art. 107 ust. 2 Pzp. Publiczne ogłoszenie przyrzeczenia (konkursu) jest dokonywane w formach przewidzianych w art. 104, uzależnionych od wartości konkursu. Nie wyklucza to jednak możliwości dodatkowego ogłoszenia w inny sposób.
3. Wyboru prac konkursowych może dokonać wyłącznie sąd konkursowy. Mimo więc iż wybór ten następnie jest zatwierdzany przez kierownika zamawiającego, nie jest możliwe pominięcie sądu konkursowego w procesie dokonywania wyboru prac.

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148.

4. Przedmiotem konkursu, a więc czynnością warunkującą otrzymanie nagrody jest wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej. Z takiego brzmienia przepisu wynika, iż przedmiotem konkursu nie może być wykonanie pracy konkursowej, któremu nie towarzyszy przeniesienie praw do utworu na rzecz zamawiającego oraz zobowiązanie do przeniesienia praw wyłącznie uczestników konkursu, którzy otrzymali przyrzeczoną nagrodę.
5. Ustawa wskazuje jedynie przykładowy zakres czynności które mogą być przedmiotem konkursu, mających jednak szczególne znaczenie w systemie zamówień publicznych. Każda czynność objęta regulacją dotyczącą konkursu musi być czynem ludzkim wiążącym się z wolą jej wykonania i zakresem umiejętności oraz, co istotne, musi być objęta ochroną praw jej wykonawcy. Czynność ta powinna być wyraźnie oznaczona w przyrzeczeniu.

Art. 100 [Nagrody]

1. Nagrodami w konkursie mogą być:

- 1) nagroda pieniężna lub rzeczowa;
 - 2) zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia, co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych, lub
 - 3) zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.
2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.
 3. Wartością konkursu jest wartość nagród.
 4. Wartością konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest wartość tego zamówienia oraz wartość nagród dodatkowych, jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody.
 5. Do ustalenia wartości konkursu przepisy art. 35 stosuje się odpowiednio.

1. Nagroda stanowi niezbędny element konkursu. Ustawa określa katalog nagród, jakie zamawiający może ustanowić w konkursie, wybierając co najmniej jeden z przewidzianych rodzajów nagrody. Zamknięty katalog nagród w konkursie nie ogranicza zamawiającego w możliwości przyznawania nagród innego rodzaju. Mogą to być w szczególności nagrody niemajątkowe (tytuły honorowe, dyplomy, puchary itp). Mają one charakter dodatkowy w stosunku do rodzajów nagród przewidzianych w ustawie i do ich wydania nie stosuje się przepisów ustawy, lecz przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące publicznego przyrzeczenia. Zamawiający może udzielić nagrody jednemu lub większej liczbie uczestników konkursu. W przypadku przyrzeczenia nagrody większej liczbie uczestników powinien określić w regulaminie rodzaje nagród, uzależniając je od oceny pracy konkursowej.

2. Konkurs stanowi samoistną procedurę postępowania tylko wówczas, gdy jego celem jest wyłącznie nabycie określonych praw do wybranej pracy. Nie jest to jednak procedura udzielania zamówienia. Jeżeli celem konkursu jest realizacja zamierzenia zawartego w wybranej pracy konkursowej, wówczas konkurs stanowi procedurę poprzedzającą udzielenie zamówienia, a udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi nagrodę przyrzeczoną w konkursie.
3. Wartością konkursu jest łączna wartość wszystkich przewidzianych w nim nagród. W przypadku nagród pieniężnych wartość tę określa się poprzez sumowanie ich wartości. W przypadku nagród rzeczowych niezbędne jest uprzednie oszacowanie ich wartości w pieniądzu. Jeśli przewidywaną nagrodę stanowi zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do ustalenia wartości konkursu konieczne jest ustalenie wartości tego zamówienia zgodnie z regułami określonymi w przepisach Pzp.

Art. 101 [Organizator, sąd konkursowy]

- 1. Organizatorem konkursu jest zamawiający. Przepis art. 18 ust. 1 stosuje się odpowiednio.**
 - 2. Kierownik zamawiającego powołuje sąd konkursowy oraz określa organizację, skład i tryb pracy sądu konkursowego.**
 - 3. Sąd konkursowy składa się z co najmniej 3 osób powoływanych i odwoływanych przez kierownika zamawiającego.**
 - 4. Do członków sądu konkursowego art. 17 stosuje się odpowiednio.**
 - 5. Członkami sądu konkursowego są wyłącznie osoby posiadające kwalifikacje umożliwiające ocenę zgłoszonych prac konkursowych, z tym że, jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, co najmniej $\frac{1}{3}$ członków sądu konkursowego, w tym jego przewodniczący, posiada wymagane uprawnienia.**
1. Odmiennie niż w przypadku postępowań w sprawie udzielenia zamówienia zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany do samodzielnego przeprowadzenia postępowania konkursowego i nie wolno mu zlecać jego organizacji wyspecjalizowanym podmiotom (stowarzyszeniom, izmom itp.). Podyktowane jest to troską o należyte efekty konkursu, wpływające w istotny sposób na kształt przestrzeni publicznej, bezpieczeństwo danych i inne szczególnie ważne wartości społeczne.
 2. Za prawidłowość przeprowadzenia konkursu odpowiada kierownik zamawiającego i inaczej niż w postępowaniach o udzielenie zamówienia nie może powierzyć pracownikom zamawiającego wykonywania niektórych czynności dla niego zastrzeżonych. Wynika to z konieczności wyeliminowania możliwości oddziaływania na przebieg konkursu osób niebędących członkami sądu konkursowego. Rezultatem tej odpowiedzialności jest uprawnienie wyłącznie kierownika

zamawiającego do powoływania i odwoływania członków sądu konkursowego oraz określenia organizacji i trybu jego pracy. Pzp nie narzuca w tym zakresie kierownikowi zamawiającego żadnych rozwiązań, dając mu w zakresie organizacyjnym dużą swobodę dostosowania formuły prac sądu do rozwiązań, zwyczajowo przyjętych u zamawiającego.

3. Konieczność samodzielnej organizacji konkursu przez zamawiającego nie wyklucza udziału innych osób po jego stronie w trakcie postępowania konkursowego. Osoby takie, jeśli posiadają odpowiednie kwalifikacje, mogą zostać powołane przez kierownika zamawiającego w skład sądu konkursowego. Ustawa nie określa, czy kwalifikacje te mają być wynikiem formalnego wykształcenia, czy doświadczenia zawodowego, stawiając jedynie warunek, że muszą one umożliwić ocenę (co należy rozumieć jako ocenę prawidłową) prac konkursowych. Jedynie w sytuacjach, gdy przedmiotem konkursu jest wykonanie prac konkursowych, których dalsze opracowanie wymaga posiadania uprawnień (np. uprawnień do sporządzenia projektu architektonicznego na podstawie koncepcji stanowiącej przedmiot konkursu), w skład sądu konkursowego muszą wchodzić osoby posiadające uprawnienia takie, jak zezwalające na opracowanie pracy. Warunkiem niezbędnym jest posiadanie takich uprawnień przez co najmniej $\frac{1}{3}$ jego członków, wliczając w to przewodniczącego sądu. Przyjmując minimalną wymaganą liczbę członków sądu konkursowego określoną jako trzy osoby wystarczy, że uprawnienia będzie posiadał przewodniczący.
4. Powołanie sądu konkursowego jest obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, jeśli mają zastosowanie przepisy ustawy, tzn. jeśli wartość konkursu przekracza 6000 euro. Odmiennie niż w przypadku komisji przetargowej, której obowiązek powołania powstaje wyłącznie w postępowaniach o większej wartości, nawet w konkursach o wartości poniżej 60 000 euro oceny spełniania przez uczestników wymagań określonych w regulaminie, oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych może dokonać wyłącznie sąd konkursowy.
5. Bezstronność sądu uregulowano w sposób analogiczny do postanowień odnoszących się do członków komisji przetargowej (por. art. 17). Oznacza to, że to po stronie zamawiającego leży obowiązek zapewnienia takiego składu sądu, aby jego członkowie nie pozostawali w związku z uczestnikami konkursu. W przypadku zaistnienia takiego związku dokonywane są zmiany w składzie sądu. Członkowie sądu konkursowego, podobnie jak członkowie komisji przetargowej, składają pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, wskazujących na związki z uczestnikami konkursu. Należy przyjąć, że udział w pracach sądu konkursowego członka, który nie został wyłączony z jego składu mimo związku z uczestnikiem konkursu powinno skutkować brakiem możliwości rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w następstwie konkursu. Postępowanie to już od momentu jego wszczęcia jest obciążone wadą uniemoż-

liwiająca zawarcie ważnej umowy, gdyż podstawą jego wszczęcia był konkurs przeprowadzony niezgodnie z przepisami ustawy. Żaden stosunek prawny lub faktyczny pomiędzy członkiem sądu konkursowego, a uczestnikiem konkursu nie może być natomiast podstawą wykluczenia uczestnika z konkursu.

6. Członkowie sądu konkursowego mogą być odwołani ze składu sądu przez kierownika zamawiającego. Dotyczy to w szczególności sytuacji ujawnienia związków pomiędzy członkiem sądu a uczestnikiem konkursu już po terminie powołania sądu. Należy przyjąć, iż przyczyną odwołania mogą być zdarzenia losowe uniemożliwiające udział członka sądu w jego pracach, a także rażące naruszenie lub uporczywe naruszanie przez członka sądu trybu jego prac określonych przed powołaniem sądu. Właściwe przy tym byłoby, aby w dokumencie określającym tryb pracy sądu wyraźnie wskazać, iż w takich sytuacjach członek sądu może zostać odwołany. Możliwość odwoływania członka sądu konkursowego musi być zawsze rozpatrywana w kontekście niezależności sądu w ocenie prac. Nie dopuszczalne jest więc odwołanie członka sądu, którego rzeczywistą przyczyną byłaby inna niż oczekiwana przez zamawiającego (kierownika zamawiającego) ocena prac konkursowych.

Art. 102 [Zadania sądu konkursowego]

- 1. Sąd konkursowy jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania przez uczestników konkursu wymagań określonych w regulaminie konkursu, oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych.**
 - 2. Sąd konkursowy w szczególności sporządza informacje o pracach konkursowych, przygotowuje uzasadnienie rozstrzygnięcia konkursu, a także, w zakresie, o którym mowa w ust. 1, występuje z wnioskiem o unieważnienie konkursu.**
 - 3. Sąd konkursowy w zakresie spraw, o których mowa w ust. 1 i 2, jest niezależny.**
 - 4. Kierownik zamawiającego może powierzyć sądowi konkursowemu inne niż określone w ust. 1 czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem konkursu.**
1. Pomocniczy charakter sądu konkursowego wynika z jednoosobowej odpowiedzialności za prawidłowość przeprowadzenia konkursu, którą ponosi kierownik zamawiającego. Mimo tego charakteru to sąd konkursowy jest ciałem, do którego wyłącznych kompetencji należy merytoryczna ocena prac konkursowych oraz ocena spełniania wymagań warunkujących udział w konkursie.
 2. Celem działania sądu konkursowego jest wybór najlepszych prac konkursowych. Użycie liczby mnogiej w wyrażeniu „prac konkursowych” może sugerować, iż w każdej sytuacji powinny być to nie mniej niż 2 prace. Kompetencje

sądu w tym zakresie doprecyzowane został jednak w przepisie dotyczącym rozstrzygnięcia konkursu, w którym ustawa przesądza o możliwości wyboru zarówno jednej, jak i większej liczby zwycięskich prac (art. 112 ust. 2).

3. Jeśli w ocenie sądu żaden uczestnik konkursu nie spełnia wymagań określonych w regulaminie albo nie złożono odpowiedniej liczby prac konkursowych, występuje on do kierownika zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie konkursu. W zakresie oceny spełniania wymagań przez uczestników konkursu sąd konkursowy jest związany przepisami Pzp, ustaw szczególnych stanowiących podstawę nadawania uprawnień niezbędnych do opracowania prac konkursowych (jeśli są wymagane) regulaminem konkursu. Ocena prac konkursowych odbywa się na podstawie kryteriów oraz ich znaczenia określonych w regulaminie.
4. Sąd konkursowy jest niezależny w ocenie spełniania wymagań przez uczestników konkursu oraz ocenie prac. Oznacza to, iż kontroli podlega wyłącznie respektowanie przez sąd postanowień ustaw i regulaminu konkursu. Wpływ jakiegokolwiek innej osoby na merytoryczne oceny sędziów jest niedozwolony. Dotyczy to w szczególności kierownika zamawiającego, który pomimo swej odpowiedzialności za prowadzenie konkursu nie może narzucać sądowi swoich ocen. Niezależność sądu konkursowego oznacza również, że wobec jego rozstrzygnięć środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie w zakresie zgodności postępowania z regułami konkursu wynikającymi z prawa lub regulaminu. Dokonana zgodnie z nimi ocena nie może być skutecznie zaskarżona.
5. O złożonych pracach sąd konkursowy sporządza informację. Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu jest to jedna, wspólna informacja o wszystkich pracach. Ustawa nie przesądza, jakie dane dotyczące poszczególnych prac powinny się znaleźć w sporządzanej informacji. Zasada równego traktowania, a także konieczność zachowania obiektywizmu w trakcie wykonywania czynności związanych z prowadzeniem konkursu wskazują, iż powinien to być tożsamy zakres informacji w stosunku do każdej ze złożonych prac, pozwalający na ustalenie motywów, którymi kierował się sąd podejmując w stosunku do poszczególnych prac decyzje w zakresie jej oceny. Dodatkowo sąd konkursowy sporządza uzasadnienie rozstrzygnięcia konkursu, które wskazuje bądź na formalne przesłanki unieważnienia konkursu, bądź na motywy oceny prac.
6. Podobnie jak w przypadku komisji przetargowej (por. art. 20 ust. 2) kierownik zamawiającego może powierzyć sądowi konkursowemu inne, niż przewidziane w ustawie czynności. Muszą one wiązać się z przygotowaniem lub przeprowadzeniem konkursu. Jeśli powierzone czynności będą wykonywane przed oceną prac konkursowych sąd musi zostać powołany odpowiednio wcześniej, przy czym niemożliwe jest powołanie odrębnego zespołu w oparciu o przepisy o sądzie konkursowym dla przygotowania postępowania, a odrębnego dla oceny prac.

Art. 103 [Nadzór nad sądem konkursowym]

Kierownik zamawiającego albo osoba przez niego upoważniona sprawuje nadzór nad sądem konkursowym w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy i regulaminem konkursu, w szczególności:

- 1) unieważnia konkurs;**
- 2) zatwierdza wynik konkursu.**

1. Zakres uprawnień zamawiającego związanych z nadzorem nad sądem konkursowym jest ograniczony do zapewnienia zgodności przeprowadzenia konkursu z przepisami ustawy i przyjętym uprzednio regulaminem konkursu. Jest to wynik niezależności sądu w zakresie oceny spełniania wymagań uczestnictwa przez uczestników konkursu oraz merytorycznej oceny prac. Zakres nadzoru wskazuje jednak, że należy przyjąć istnienie prawa kierownika zamawiającego do zweryfikowania prawidłowości zastosowania przez sąd przesłanek wykluczenia z udziału w konkursie uczestników, nie spełniających warunków określonych w art. 22 ust. 1. Są to bowiem jednocześnie wymagania wobec uczestników konkursu, a więc dotyczą obszaru w którym istnieje niezależność sądu jak i warunki zgodności przeprowadzenia konkursu z przepisami ustawy. Uprawnienie to będzie miało zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy nagrodą w konkursie będzie zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sąd konkursowy nie ponosząc odpowiedzialności za udzielanie zamówień nie może powodować swoimi decyzjami konieczności nieprawidłowego postępowania zamawiającego w związku z udzielaniem zamówienia.
2. Jeśli uprawnienia w zakresie nadzoru zostały przez kierownika zamawiającego przekazane innej osobie, możliwości jej działania są ograniczone do czynności, które nie są wyraźnie zastrzeżone do osobistego wykonywania przez kierownika jak np. powoływanie i odwoływanie członków sądu konkursowego. W takich przypadkach osoba, której powierzono nadzór powinna zawiadomić kierownika o konieczności wykonania czynności. Osobą upoważnioną przez kierownika zamawiającego do nadzoru nad sądem konkursowym może być każda osoba trzecia, również osoba nie będąca pracownikiem zamawiającego.
3. Wskazanie, iż wśród wynikających z nadzoru nad sądem konkursowym czynności kierownika zamawiającego znajdują się w szczególności unieważnienie konkursu oraz zatwierdzanie jego wyników jednoznacznie przesądza, że decyzja w tym zakresie nie może być podejmowana przez sąd konkursowy. Konstrukcja ta jest analogiczna do relacji pomiędzy kierownikiem zamawiającego a komisją przetargową w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Art. 104 [Ogłoszenie]

- 1. Zamawiający zamieszcza ogłoszenie o konkursie w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej, jeżeli posiada taką stronę.**

2. Jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, zamawiający przekazuje ogłoszenie o konkursie Prezesowi Urzędu.
3. Jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 130 000 euro, zamawiający przekazuje ogłoszenie o konkursie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zamawiający przekazuje ogłoszenie o konkursie również Prezesowi Urzędu.
4. Do przekazywania ogłoszeń o konkursie przepisy art. 40 ust. 5 i 6 oraz art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

1. Konkurs podlega publicznemu ogłoszeniu które wszczyna postępowanie konkursowe. Dokonywane jest w sposób analogiczny do ogłaszania postępowań prowadzonych w trybach z ogłoszeniem. Niezależnie od wartości konkursu zamawiający zamieszcza ogłoszenie na własnej stronie internetowej o ile ją posiada, a ponadto, w zależności od wartości konkursu, przekazuje odpowiednim organom do publikacji. Konkurs, którego wartość przekracza 60 000 euro podlega ogłoszeniu w BZP, zaś w przypadku wartości powyżej 130 000 euro również w OJ. Wartości te są takie same jak dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi.
2. Obowiązkowe formy publikacji nie wykluczają możliwości ogłaszania informacji o konkursie w inny sposób. Podobnie jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia niezbędne jest zachowanie odpowiedniej kolejności czynności przy publikacji ogłoszenia w różnych miejscach (por. art. 40 ust. 6). Ogłoszenie o konkursie o wartości powyżej 130 000 euro najpierw przekazuje się Urzędowi UOPWE, następnie zaś Prezesowi Urzędu i zamieszcza w siedzibie zamawiającego, ewentualnie upublicznia w inny sposób. Zakres informacji w ogłoszeniach powinien być tożsamy, aby nie stawać w zróżnicowanej sytuacji uczestników konkursu, którzy z różnych miejsc czerpią wiedzę o konkursie. Bezwzględnym zakazem wynikającym wprost z ustawy jest zamieszczanie większej ilości informacji w jakimkolwiek ogłoszeniu niż w ogłoszeniu publikowanym w OJ.
3. Szczegółowy zakres informacji zamieszczanych w ogłoszeniu o konkursie wynika z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich¹, które określa dwa wzory ogłoszeń o konkursie. Odrębny dla konkursów o wartości powyżej 60 000 euro, lecz nie przekraczającej 130 000 euro, odrębny zaś dla konkursów o wartości powyżej 130 000 euro, dla których wzór ogłoszenia jest ujednoczony we wszystkich krajach członkowskich UE.

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 48, poz. 460..

Art. 105 [Regulamin]

1. Zamawiający przeprowadza konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu konkursu.
2. Regulamin konkursu określa w szczególności:
 - 1) imię i nazwisko albo nazwę (firmę) oraz adres i miejsce zamieszkania (siedzibę) zamawiającego;
 - 2) formę konkursu;
 - 3) szczegółowy opis przedmiotu konkursu;
 - 4) maksymalny planowany łączny koszt wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej;
 - 5) w przypadkach, o których mowa w art. 100 ust. 1 pkt 2 i 3, zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki;
 - 6) wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu, z tym że jeżeli nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przepis art. 22 stosuje się odpowiednio;
 - 7) informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć uczestnicy konkursu w celu potwierdzenia spełnienia stawianych im wymagań;
 - 8) sposób porozumiewania się zamawiającego z uczestnikami konkursu oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów;
 - 9) miejsce i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie;
 - 10) zakres rzeczowy i formę opracowania oraz sposób prezentacji pracy konkursowej;
 - 11) miejsce i termin składania prac konkursowych przez uczestników dopuszczonych do udziału w konkursie;
 - 12) kryteria oceny prac konkursowych wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów;
 - 13) skład sądu konkursowego;
 - 14) rodzaj i wysokość nagród;
 - 15) termin wydania (wypłacenia) nagrody, a w przypadkach, o których mowa w art. 100 ust. 1 pkt 2 i 3, zaproszenia do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki;
 - 16) postanowienia dotyczące przejścia autorskich praw majątkowych do wybranej pracy wraz ze szczegółowym określeniem pól eksploatacji prac konkursowych, a w przypadkach, o których mowa w art. 100 ust. 1 pkt 2 i 3, również istotne postanowienia które zostaną wprowadzone do umowy;
 - 17) sposób podania do publicznej wiadomości rozstrzygnięcia konkursu;
 - 18) sposób udzielania wyjaśnień dotyczących regulaminu konkursu;

- 19) pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących uczestnikom konkursu.**
- 3. Zamawiający przekazuje uczestnikowi konkursu regulamin konkursu w terminie 5 dni od dnia zgłoszenia wniosku o jego przekazanie.**
 - 4. Do porozumiewania się zamawiającego z uczestnikami konkursu przepisy art. 27 i 28 stosuje się odpowiednio.**
1. Regulamin konkursu jest oświadczeniem organizatora konkursu i stanowi doprecyzowanie przyrzeczenia, zawartego w ogłoszeniu. Postanowienia regulaminu pokrywają się w istotnej części z informacjami zawartymi w ogłoszeniu, z tym że są bardziej szczegółowe. Ustawa określa minimalny zakres informacji zawartych w regulaminie. Poza danymi identyfikującymi zamawiającego składają się nań informacje dotyczące przedmiotu konkursu, warunków uczestnictwa, organizacji i przebiegu, przewidywanych nagród, umowy zawieranej w wyniku konkursu i sposobu rozstrzygnięcia sporów.
 2. Przedmiotem konkursu mogą być, zgodnie z jego definicją zawartą w art. 99, wyłącznie prace wykonane w celu udziału w konkursie. Szczególne znaczenie mają konkursy na tzw. twórcze prace projektowe (architektoniczne, urbanistyczne, konstrukcyjno-budowlane). Opis przedmiotu konkursu powinien być dokonany w sposób pozwalający na wybór najlepszego dzieła i jego wykonawcy, któremu zostaną powierzone dalsze czynności, polegające na opracowaniu złożonej pracy konkursowej. Szczegółowy opis przedmiotu konkursu powinien w sposób wyczerpujący określać cel, któremu ma służyć realizacja pracy konkursowej, a także opisywać warunki (przestrzenne, techniczne, formalno – prawne itp.) w jakich będzie funkcjonować. Punktem wyjścia przy dokonywaniu opisu przedmiotu konkursu powinna być analiza potrzeb zamawiającego, które ma spełnić realizacja założeń konkursowych. Wytyczne, wg których mają być wykonane prace projektowe, nie powinny jednak ograniczać twórców prac tam, gdzie zamawiający dopuszcza wariantowość rozwiązań. Zamawiający może (ale nie musi) wskazać preferowane rozwiązania architektoniczne lub materiałowe. Szczegółowość i zakres wskazań zamawiającego w znacznej mierze zależy od przyszłego usytuowania realizowanej pracy konkursowej (np. planu zagospodarowania przestrzennego terenu), które może narzucać konkretne rozwiązania ograniczające twórców prac w swobodzie proponowanych rozwiązań. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający powinien wskazać na ewentualne dyspozycje właściwych organów (np. decyzje dotyczące warunków zabudowy), od których mogą być uzależnione dopuszczalne rozwiązania w prezentowanych pracach konkursowych. Niezbędne jest również przywołanie odpowiednich przepisów i norm, jeśli przedmiot konkursu musi spełniać wymagania w nich określone.
 3. Dla faktycznej przydatności przyjętej pracy konkursowej niezbędne jest również zapoznanie uczestników konkursu z finansowymi możliwościami zamawiającego związanymi z realizacją obiektu (czynności), które będą wynikać z wdrażania

nia opracowania pracy konkursowej. Uczestnicy konkursu powinni uwzględnić, formułując w pracach konkretne propozycje rozwiązań, jakimi środkami na wykonawstwo dysponuje zamawiający. Podawane przez zamawiającego wielkości mają jednak charakter indykatywny i nie wiążą go na przyszłość.

4. Wymagane przez regulamin forma opracowania (przygotowania pracy) i sposób jej prezentacji mają zapewnić podstawy do porównywalności złożonych prac. Nie oznacza to jednak konieczności narzucenia wyłącznie jednej dopuszczalnej formy opracowania prac. Zamawiający powinien jednak unikać sytuacji, w której ze względu na zbyt dużą różnorodność dopuszczonych form wykonania pracy uzyska efekty, których nie będzie mógł porównać stosując te same kryteria oceny.
5. W przypadkach, gdy nagrodę w konkursie stanowi zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, regulamin konkursu wskazuje przedmiot zamówienia poprzez określenie szczegółowego zakresu opracowania pracy konkursowej. Określenie takie nie powinno być następnie zmieniane przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu będącym konsekwencją konkursu. Może być natomiast uzupełniane o elementy, których uwzględnienie okazało się pożądane w świetle wiedzy, jaką zamawiający uzyskał w związku z przeprowadzonym konkursem. Dokonywane uzupełnienia nie mogą jednak prowadzić do zmiany lub istotnej modyfikacji zakresu przedmiotu zamówienia stanowiącego opracowanie pracy konkursowej.
6. W regulaminie zamawiający wskazuje na kwalifikację prawną konkursu, określając jego formę. Ponieważ o tym, że konkurs ma charakter otwarty i nieodwoływalny przesądza ustawa, zasadniczą informacją dotyczącą formy konkursu jest wskazanie, czy ma on charakter jedno czy dwuetapowy.
7. Istotne znaczenie dla sprawnego przebiegu konkursu ma wyjaśnienie przyjętego sposobu komunikowania się zamawiającego z uczestnikami konkursu. W tym zakresie w najistotniejszych kwestiach zamawiający jest związany przepisami ustawy (por. pkt 2 i 3). Dla sprawnego przebiegu konkursu powinien jednak wskazać dodatkowo nazwiska osób upoważnionych do kontaktu oraz sposób kontaktowania z nimi. Wskazane byłoby, aby były to te same osoby, które wskazano w ogłoszeniu, nie stanowi jednak naruszenia ustawy wskazanie dodatkowych osób. Komunikowanie się z uczestnikami konkursu to również sposób przekazywania dokumentów, w tym pracy konkursowej. Zamawiający musi określić w regulaminie jak czynność ta powinna być realizowana, aby wykonać dyspozycje art. 111 Pzp.
8. Regulamin powtarza również zawarte w ogłoszeniu informacje o miejscu i terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, a następnie miejscu i terminie składania prac konkursowych. Ponadto, w przypadku konkursów o wartości przekraczającej 130 000 euro powtarza podane w ogłoszeniu

nazwiska sędziów konkursowych. W konkursach o mniejszej wartości ogłoszenie nie zawiera informacji o składzie sądu. Regulamin jest więc pierwszym dokumentem, który go wskazuje. Wymóg podania składu sądu należy przyjąć za spełniony, jeśli zostaną ujawnione nazwiska sędziów. Ich funkcje (np. przewodniczący) czy kwalifikacje nie muszą być podawane.

9. Rozstrzygnięcie konkursu podlega ogłoszeniu (pkt 17). W przypadku konkursów o wartości powyżej 60 000 euro ustawa przesądza o obowiązkowej formie ogłoszenia (por. art. 116 ust. 2). Nie wyklucza to jednak możliwości jednostronnego zobowiązania się zamawiającego do podania do publicznej wiadomości wyników konkursu w inny sposób. Może to być ogłoszenie prasowe, podanie informacji w trakcie określonego wydarzenia i każdy inny sposób upublicznienia informacji. Wskazując na obowiązek zawarcia w regulaminie informacji o zakładanym sposobie publikacji wyników konkursu, ustawa przesądza o obowiązku podawania do publicznej wiadomości także informacji o rozstrzygnięciach konkursów o wartości poniżej 60 000 euro, zostawiając jedynie zamawiającemu swobodę decyzji co do sposobu jej podania. Należy też przyjąć, że rozstrzygnięcie oznacza każdą decyzję podjętą w stosunku do konkursu, w tym jego unieważnienie. Zakres podawanych wiadomości powinien zawierać informacje o wszelkich przyznanych nagrodach ze wskazaniem ich zdobywców. Inne rozstrzygnięcia podejmowane w trakcie konkursu (np. wykluczenia, odrzucenia prac konkursowych itp.) nie są objęte zakresem omawianego przepisu.
10. Niezbędnym elementem regulaminu jest określenie sposobu udzielania wyjaśnień dotyczących regulaminu (pkt 18). Nie mogą one ograniczać się do podania technicznej formy zwracania się o wyjaśnienia oraz ich przekazywania, gdyż byłyby to jedynie aspekty dotyczące porozumiewania, których dotyczy pkt 8. Realizując zobowiązania wynikające z tego przepisu zamawiający powinien określić w jakim terminie udzieli wyjaśnień, czy przewiduje możliwość zaproszenia uczestników do udziału w zebraniu dotyczącym wyjaśnień wątpliwości co do regulaminu lub podać inne sposoby udzielania wyjaśnień. Pomimo tego, że ustawa nie wskazuje szczegółowych rozwiązań w tym zakresie niezbędne jest, aby dostęp do informacji został zapewniony wszystkim uczestnikom w jak najszerszym zakresie i na równych prawach. Zamawiający z pewnością nie uchybi tym wymaganiom, jeśli odpowiednio zastosuje przepisy art. 38 ust. 1–3 dotyczące wyjaśniania treści SIWZ.
11. Pzp, odmiennie niż Kc w przepisach o przyrzeczeniu publicznym (art. 921 § 3) wymaga, aby otrzymanie nagrody za wykonanie prac konkursowych wybranych przez sąd konkursowy było uzależnione od przeniesienia praw do nagrodzonych prac na rzecz zamawiającego. Przeniesienie praw dotyczy wyłącznie tych uczestników konkursu, którzy otrzymali przyrzeczoną nagrodę i następuje wraz z jej wypłaceniem. Prawidłowo sformułowane postanowienia regulaminu powinny przy tym określać pola eksploatacji utworu, do których prawa autorskie majątkowe przejdą na zamawiającego. Pzp nie określa zakresu, w jakim zama-

wiający jest zobowiązany wymagać przeniesienia praw autorskich na swoją rzecz. Jednakże wyraźne zapisanie obowiązku ich przeniesienia wskazuje, iż powinien być to zakres umożliwiający zamawiającemu dysponowanie autorskimi prawami majątkowymi na takich polach eksploatacji, aby mógł korzystać z rezultatów konkursu. Racjonalne wydaje się więc zróżnicowanie postanowień dotyczących przejścia praw w zależności od zamiarów zamawiającego względem prac konkursowych, przy czym najszersze zdefiniowanie pól eksploatacji powinno dotyczyć praw dotyczących prac konkursowych których opracowanie będzie przedmiotem zamówienia udzielanego w wyniku rozstrzygnięcia konkursu. Różnicowanie postanowień regulaminu dotyczące przejścia praw autorskich majątkowych jest wskazane również ze względu na brzmienie art. 45 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹ wiążącym przejęcie praw do eksploatacji konkretnych pól z wynagrodzeniem twórcy. Kształtując postanowienia regulaminu w zakresie przejścia praw autorskich majątkowych zamawiający musi uwzględniać także art. 41 ust. 4 przywoływanej ustawy, zgodnie z którym umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe może dotyczyć tylko pól eksploatacji znanych w chwili jej zawarcia. Przepis ten wyłącza możliwość generalnego przeniesienia przez twórcę dzieła będącego przedmiotem umowy prawa do wykorzystania pól eksploatacji, które powstaną dopiero w przyszłości, np. możliwość przeniesienia dzieła na jeszcze nie istniejące nośniki.

12. Wymogiem regulaminu jest zamieszczenie informacji o środkach ochrony prawnej przysługujących uczestnikom konkursu. Ustawa przesądza, że są to wszystkie przewidziane w niej środki tzn. protest, odwołanie i skarga. Wydaje się, że minimalną treść w tym punkcie regulaminu może stanowić wskazanie, iż środkami ochrony prawnej są środki przewidziane w Pzp.
13. Zamawiający jest obowiązany do przekazania regulaminu konkursu każdemu, kto wyrazi zainteresowanie, nie później niż 5 dni od zgłoszenia wniosku o jego przekazanie, skierowanego na adres wskazany w ogłoszeniu o konkursie. Pomimo tego, że wzory ogłoszeń zawierają pole w którym zamawiający może określić termin do którego można uzyskać regulamin należy przyjąć, iż nie może być on kształtowany dowolnie, a brak przepisu pozwalającego na jego ograniczenie wskazuje, że powinien być tożsamy z wyznaczonym terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. Tylko takie postępowanie zamawiającego zapewnia niedyskryminacyjne traktowanie podmiotów ubiegających się o udział w konkursie. Ustawa nie wskazuje, czy regulamin powinien być przekazywany nieodpłatnie. Wzór ogłoszenia zawierając pole „cena” sugeruje, iż dopuszczalna jest forma odpłatnego przekazania regulaminu. Zasada powszechności dostępu do zadań realizowanych ze środków publicznych nakazuje jednak, aby cena ta nie stanowiła bariery udziału w konkursie. Najwłaściwszym rozwiązaniem jest odpowiednie stosowanie przepisu art. 42 ust. 2 i ograniczenie ceny żądanej za regulamin do wysokości pokrywającej koszt jego druku oraz

¹ Dz. U. 2004 r. Nr 48, poz. 460.

przekazania. Ustawa nie wskazuje żadnych szczególnych form przekazywania regulaminu, należy więc stosować ogólne zasady przyjęte do przekazywania informacji pomiędzy zamawiającym a uczestnikami konkursu.

14. Obowiązująca zasada pisemności, sprawia, że przekazywanie informacji o konkursie w formie pisemnej w każdym przypadku będzie właściwe. Zakres korzystania przez zamawiającego z innych niż pisemna form porozumiewania się z uczestnikami konkursu jest zależny od wartości konkursu (analogicznie do postępowań o udzielenie zamówienia – art. 27 i 28). Jeżeli wartość konkursu nie przekracza 60 000 euro, zgodnie z wyborem zamawiającego dokumenty (oraz informacje) mogą być przekazywane z pominięciem formy pisemnej (np. elektronicznie), a ich odbiór jest na żądanie nadawcy potwierdzany przez drugą stronę. Nawet wówczas jednak zamawiający nie powinien przyjmować za niewłaściwe przekazania dokumentu lub informacji w formie pisemnej. Przepis art. 28 ust. 3 (do którego odwołują się w tym zakresie przepisy o konkursie) stanowi, iż sposób przekazu nie może ograniczać konkurencji. Jeśli więc uczestnik konkursu wskaże na brak możliwości skorzystania z innej niż pisemna, wybranej przez zamawiającego formy komunikacji, będzie to wystarczające do uznania, iż mógł dokonać czynności na piśmie. Wyjątek mogą stanowić konkursy, których przedmiot jest integralnie związany z używaniem elektronicznych narzędzi komunikacji, gdyż w tym przypadku nie zachodzi niebezpieczeństwo, że zainteresowani którzy są zdolni do udziału w konkursie zostaną ograniczeni w swych prawach poprzez brak możliwości skorzystania z informacji elektronicznej. Jeśli wartość konkursu przekracza 60 000 euro każda informacja przekazana w sposób inny niż na piśmie powinna być potwierdzona pisemnie. Dotyczy to również wniosku o przekazanie regulaminu konkursu. Uczestnicy nie mogą sugerować się faktem, że wśród informacji adresowych zamawiającego podawanych w ogłoszeniu zawarty jest np. nr faksu lub adres poczty elektronicznej. Złożenie wniosku o przekazanie regulaminu konkursu o wartości powyżej 60 000 euro wyłącznie taką drogą będzie uznane za niewypełnienie przepisu art. 27 ust. 2.

Art. 106 [Forma konkursu]

- 1. Konkurs może być zorganizowany jako jednoetapowy lub dwuetapowy.**
 - 2. W konkursie dwuetapowym w pierwszym etapie zostają wyłonione opracowania studialne, odpowiadające wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. W drugim etapie sąd konkursowy, na podstawie kryteriów określonych w regulaminie konkursu, ocenia prace konkursowe wykonane na podstawie opracowań studialnych wyłonionych w pierwszym etapie.**
1. Każdy konkurs, niezależnie od jego wartości i przedmiotu, może być zorganizowany jako jedno lub dwuetapowy. Zamawiający podejmuje w tym zakresie w pełni uznaniową decyzję, informując o tym uczestników konkursu w ogłoszeniu i regulaminie konkursu.

2. Sposób dokonywania czynności zmierzających do rozstrzygnięcia konkursu dwuetapowego wskazuje, iż jest on szczególnie przydatny, jeśli przedmiot konkursu jest możliwy do wykonania przez szeroką grupę uczestników lub jeśli przygotowanie pełnej pracy konkursowej wiąże się z istotnymi kosztami. Składanie w pierwszym etapie wyłącznie wstępnych opracowań studialnych pozwala na dokonanie kwalifikacji uczestników i dopuszczenie najlepszych do składania prac konkursowych. Rozwiązanie to z jednej strony oszczędza nakład pracy sądu konkursowego, z drugiej zaś nie powoduje kosztów przygotowania prac konkursowych u uczestników, których opracowania już w pierwszym etapie zostały odrzucone.

Art. 107 [Uczestnicy]

- 1. Uczestnikami konkursu mogą być osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.**
 - 2. Jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, uczestnikami konkursu mogą być wyłącznie osoby fizyczne posiadające wymagane uprawnienia lub podmioty posługujące się osobami fizycznymi posiadającymi wymagane uprawnienia.**
 - 3. Uczestnicy konkursu mogą wspólnie brać udział w konkursie. Przepisy dotyczące uczestnika konkursu stosuje się odpowiednio do uczestników konkursu biorących wspólnie udział w konkursie.**
1. Uznając konkurs za działanie zmierzające do udzielenia zamówienia, Pzp uzależnia uczestnictwo w konkursie od posiadania wymaganych prawem uprawnień do opracowania pracy konkursowej, które może stanowić przedmiot zamówienia udzielanego w związku z rozstrzygnięciem konkursu. Brak uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia przez uczestnika konkursu czyniłby bezprzedmiotowym przepis stanowiący, iż nagrodą w konkursie może być zaproszenie do negocjacji w sprawie zamówienia. Zamówienie takie nie mogłoby być udzielone, jako że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonych czynności. Eliminacja uczestników nie posiadających odpowiednich uprawnień następuje już na etapie dopuszczenia do udziału w konkursie.
 2. Posiadanie uprawnień do opracowania pracy konkursowej jest niezbędne wyłącznie w tych konkursach, w wyniku których zamawiający zamierza powierzyć opracowanie pracy konkursowej. Niecelowe byłoby ograniczanie kręgu podmiotów uprawnionych do uczestnictwa w konkursie do posiadających uprawnienia, jeśli korzystanie z tych uprawnień nie jest warunkiem prawidłowej realizacji zamierzeń zamawiającego.
 3. Warunek posiadania wymaganych uprawnień należy uznać za spełniony, jeśli podmiot uczestniczący w konkursie może posłużyć się osobami fizycznymi po-

siadającymi wymagane uprawnienia. Należy przyjąć, że warunek ten spełnia nie tylko posługująca się takimi osobami osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, ale również osoba fizyczna nie posiadająca odpowiednich uprawnień, wykazująca możliwość posłużenia się osobą, która takie uprawnienia posiada. Nie oznacza to przy tym, że osoby posiadające uprawnienia muszą pozostawać z uczestnikiem konkursu w stosunku pracy lub jakimkolwiek innym stosunku prawnym. Wystarczy, iż składając wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie podmiot jednoznacznie wykaże możliwość korzystania z pracy takich osób, a przedstawiona praca konkursowa będzie ich dziełem.

4. Szczególnie często wymagane uprawnienia będą warunkiem udziału w konkursach, których przedmiot jest związany z projektowaniem w rozumieniu ustawy Prawo budowlane¹. Art. 12 ust. 2 tej ustawy uzależnia możliwość wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie od potwierdzenia decyzją wydaną przez organ samorządu zawodowego posiadanego wykształcenia i praktyki dostosowanych do rodzaju wykonywanych zadań. Uprawnienia budowlane określają specjalność i ewentualną specjalizację techniczno-budowlaną oraz zakres prac projektowych lub robót budowlanych objętych uprawnieniem. Do udziału w konkursie niezbędne jest posiadanie uprawnień odpowiednich dla przedmiotu i zakresu konkursu.

Art. 108 [Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału]

Zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie z uwzględnieniem czasu na złożenie wymaganych dokumentów, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 21 dni od dnia przekazania ogłoszenia o konkursie:

- 1) Prezesowi Urzędu;
- 2) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 130 000 euro.

1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie powinien być uzależniony od zakresu żądań zamawiającego dotyczących dokumentów wymaganych od uczestników konkursu. Ustawa nie określa liczonego w dniach terminu składania wniosków w przypadku organizacji konkursów nie podlegających ogłoszeniu w oficjalnych publikatorach (o wartości poniżej 60 000 euro). Nie oznacza to jednak, iż może to być termin dowolnie krótki. Zamawiający musi respektując zasadę równego traktowania umożliwić wszystkim chętnym uzyskanie żądanych dokumentów. Powinien więc ocenić realny czas uzyskiwania takich dokumentów i uzależnić od niego podawany termin przyjmowania wniosków.

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 z późn. zm..

2. Podobnej oceny zamawiający powinien dokonać w przypadku konkursów o większej wartości, jednak wówczas minimalny okres przyjmowania wniosków musi wynosić co najmniej 21 dni od przekazania ogłoszenia o konkursie do publikacji. Faktyczny termin na uzyskanie przez uczestnika dokumentów żądanych przez zamawiającego będzie krótszy, gdyż rozpocznie się wraz z powzięciem wiadomości o konkursie po opublikowaniu ogłoszenia (na co organy publikacyjne mają do 10 dni). Ustalenie terminu składania wniosków na 21 dni nie w każdym przypadku będzie wypełniać dyspozycję uwzględniania czasu niezbędnego do uzyskania dokumentów. W przypadku żądania dokumentów, których uzyskanie może być trudne lub długotrwałe, zamawiający powinien więc wyznaczać termin odpowiednio długi, przy czym Pzp nie określa jego maksymalnej długości.

Art. 109 [Dopuszczenie do udziału i zaproszenie do składania prac]

- 1. Zamawiający dopuszcza do udziału w konkursie i zaprasza do składania prac konkursowych uczestników konkursu spełniających wymagania określone w regulaminie konkursu.**
- 2. Uczestnicy konkursu niespełniający wymagań określonych w regulaminie konkursu podlegają wykluczeniu.**
 1. Na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków przez uczestników konkursu oraz decyduje o dopuszczeniu i zaprasza do składania prac konkursowych uczestników spełniających wymagania określone w regulaminie.
 2. Zakres wymagań wobec uczestników konkursu jest uzależniony w szczególności od tego, czy wśród przewidywanych nagród jest zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeśli w następstwie konkursu zamawiający przewiduje udzielenie zamówienia autorowi wybranej pracy, już sam udział w konkursie jest uzależniony od spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, określonych w art. 22. Niespełnienie tych warunków powodowałoby, że działania zamawiającego w trakcie konkursu są bezcelowe, nie dając szans realizacji jego zamiaru jakim jest udzielenie, a następnie realizacja zamówienia.
 3. Wśród wymagań zamawiający powinien wskazać również na obowiązek potwierdzenia posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, jeśli przewiduje udzielenie zamówienia polegającego na jej opracowaniu (patrz komentarz do art. 107 ust. 2).
 4. Zarówno art. 109 jak i odpowiednie postanowienia art. 105 dotyczące regulaminu konkursu nie ograniczają zamawiającego w możliwości określenia innych wymagań warunkujących udział w konkursie, niż uprawnienia do opracowania pracy konkursowej, przewidziane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na-

leży jednak przyjąć, iż takie określenie warunków możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy następstwem konkursu nie będzie udzielenie zamówienia. Zamawiający może wówczas albo nie żądać spełnienia rygorystycznych warunków określonych dla wykonawców zamówień, albo określić je w sposób bardziej restrykcyjny z poszanowaniem jedynie zasady równości. Żadne z tych zachowań nie będzie godzić w prawidłowość postępowania o udzielenie zamówienia lub grozić złamaniem zasad Pzp.

5. Odmienne niż w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia zamawiający nie jest obowiązany do niezwłocznego zawiadomienia wykluczonych uczestników konkursu o fakcie ich wykluczenia. Należy jednak przyjąć, że nie ogranicza go to w możliwości skorzystania z rozwiązania analogicznego jak przewidziane w art. 24 ust. 3. Brak powiadomienia o wykluczeniu z udziału w konkursie będzie równoznaczny z uznawaniem takiego podmiotu w dalszym ciągu za uczestnika konkursu. Ponadto bezpośrednio po określonym w regulaminie terminie składania prac konkursowych przez zaproszonych uczestników zamawiający musiałby liczyć się z koniecznością rozpatrywania protestów na niezaproszenie do składania prac, bowiem dopiero w tym momencie wykluczeni uczestnicy powzięliby informację o czynności zamawiającego skutkującej brakiem zaproszenia.

Art. 110 [Informacja o planowanych kosztach]

- 1. Uczestnicy konkursu składają prace konkursowe wraz z informacjami o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej, z zastrzeżeniem ust. 2.**
 - 2. Uczestnicy konkursu składają prace konkursowe bez informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ze względu na specyfikę przedmiotu pracy konkursowej nie jest możliwe określenie kosztów.**
1. Zamawiający w regulaminie konkursu informuje o wielkości środków przewidywanych na realizację prac (obiektu, czynności), które będą wynikać z wdrażania opracowania pracy konkursowej. Uczestnicy konkursu powinni uwzględnić, jakimi środkami na wykonawstwo dysponuje zamawiający. Ponieważ jednak podawane przez zamawiającego wielkości nie wiążą go na przyszłość, również uczestnicy nie muszą dostosować się do kwoty podanej w regulaminie. Powinni jednak uwzględnić fakt, że jej istotne przekroczenie może uniemożliwić zamawiającemu realizację zamówienia będącego przedmiotem opracowania pracy konkursowej, nawet jeśli została wybrana.
 2. Obowiązek zamieszczenia informacji o planowanych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej będzie uznany za dopełniony poprzez podanie jednej łącznej kwoty, bez konieczności wskazywania kosztów wykonania poszczególnych elementów lub etapów wykonywania prac. Podawana informacja powinna obejmować wyłącznie koszty wykonania prac, nie może

więc zawierać np. kosztów przygotowania dokumentacji projektowej stanowiącej opracowanie pracy konkursowej. Te koszty stanowią wartość zamówienia udzielanego w wyniku konkursu, która jest ustalana samodzielnie przez zamawiającego zgodnie z art. 32–35.

3. Odstąpienie od obowiązku podawania informacji o kosztach realizacji pracy konkursowej może mieć miejsce jedynie ze względu na taki charakter przedmiotu pracy konkursowej, który czyni oszacowanie kosztów niemożliwym. Sytuacje takie będą miały miejsce w przypadku prac konkursowych, których następstwem będą przedsięwzięcia wykonywane przez szerszą grupę podmiotów, a ich szczegółowy zakres jest nieprzewidywalny na etapie składania prac konkursowych. Koszty te mogą być w istotny sposób uzależnione od indywidualnych decyzji tych podmiotów.

Art. 111 [Anonimowość prac]

Zamawiający zapewnia, że do rozstrzygnięcia konkursu przez sąd konkursowy niemożliwe będzie zidentyfikowanie autorów prac konkursowych.

1. Przepis ten wzmacnia zasadę bezstronności członków sądu konkursowego i jest rozwiązaniem nieznanym w przypadku procedur o udzielenie zamówienia publicznego. Konieczność taka wynika z mniej wymiernego sposobu dokonywania ocen prac konkursowych w porównaniu z oceną ofert. Większy, wynikający z przedmiotu konkursu (np. na opracowania artystyczne lub twórcze) dopuszczalny zakres subiektywizmu ocen sądu konkursowego musi być zrównoważony pewnością, że subiektywizm ten nie wynika z oceny uprzednich dokonań autora pracy czy jego renomy, ale wyłącznie z poglądów członka sądu na rozwiązania zaproponowane w pracy, będącej przedmiotem konkursu.
2. Zamawiający w praktyce postępowania konkursowego musi pogodzić dwa wymogi. Z jednej strony musi uzyskać wiedzę o tym, jacy uczestnicy konkursu złożyli prace gdyż zależy od niej ustalenie składu sądu konkursowego, którego członkowie nie mogą pozostawać w żadnych związkach z uczestnikami konkursu (por. art. 101 ust. 4). Z drugiej strony musi zapewnić, aby niemożliwe było przypisanie konkretnych prac poszczególnym autorom. Niezbędne jest więc określenie w regulaminie sposobu składania prac konkursowych zapewniającego anonimowość, przy jednoczesnej pewności, iż autor pracę złożył. Zapewnia to np. odrębne przekazywanie informacji o złożeniu pracy przez autora wraz z informacją o sposobie sygnowania złożonej pracy, nie otwieraną przed zakończeniem prac sądu.

Art. 112 [Ocena prac]

1. **Sąd konkursowy ocenia prace konkursowe zgodnie z kryteriami określonymi w regulaminie konkursu.**

- 2. Sąd konkursowy rozstrzyga konkurs wybierając najlepszą pracę konkursową lub najlepsze prace konkursowe.**
 - 3. Sąd konkursowy po wyborze najlepszej pracy konkursowej lub najlepszych prac konkursowych dokonuje identyfikacji wszystkich prac konkursowych.**
1. Oceny prac konkursowych może dokonać wyłącznie sąd konkursowy i wyłącznie w oparciu o kryteria podane uprzednio w regulaminie konkursu. Sąd decyduje o tym czy wskazać jedną, czy więcej prac konkursowych uznanych za najlepsze, tzn. prac nagrodzonych. Jest przy tym związany postanowieniami regulaminu określającymi rodzaj i wysokość nagród, wyłącznie w maksymalnym zakresie, tzn. nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na nagrody lub zwiększyć liczby nagrodzonych prac, jeśli taka została wskazana w regulaminie. Może natomiast podjąć decyzję o ograniczeniu liczby prac nagrodzonych, nie przyznaniu konkretnej wskazanej w regulaminie nagrody, np. poprzez decyzję o przyznaniu wyłącznie nagród pieniężnych i odstąpienie od wskazania prac, których autorzy zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Decyzja sądu konkursowego w tym zakresie stanowi jeden ze sposobów rozstrzygnięcia konkursu, który jest wyłączną kompetencją sądu.
 2. Kryteria oceny prac konkursowych a także ich znaczenie są podawane w regulaminie i sąd konkursowy nie może ich zmienić. Stanowi to gwarancję równego traktowania uczestników konkursu oraz zapewnia przejrzystość postępowania zamawiającego. Kryteria mogą odnosić się wyłącznie do prac konkursowych. Dopuszczalne są przy tym zarówno kryteria odnoszące się wprost do merytorycznych rozwiązań proponowanych w pracach konkursowych (np. zgodności rozwiązań z planem zagospodarowania przestrzennego, funkcjonalności, nowoczesności, estetyki, rodzaju rozwiązań technicznych i technologicznych itp.), jak i do możliwości realizacji prac np. kosztów (realizacji lub eksploatacji). Podane do publicznej wiadomości kryteria powinny być określone precyzyjnie, tak, aby element subiektywizmu ocen ograniczał się do niewymiernych cech natury artystycznej jak piękno, estetyka, itp. Subiektywizm ten nie może jednak powodować stosowania dodatkowych kryteriów oceny lub prowadzić do zachwiania znaczenia podanych w regulaminie kryteriów względem siebie.
 3. Po dokonaniu oceny prac konkursowych, odbywającej się w sposób uniemożliwiający identyfikację autorów ocenianych prac, sąd konkursowy dokonuje identyfikacji złożonych prac, tzn. ma prawo zapoznać się z informacją o ich autorach oraz podać tę informację innym osobom. Wprawdzie przepis ust. 3 wskazuje, że identyfikacja następuje po wyborze najlepszych prac lub pracy ale należy przyjąć, że sąd może dokonać takiej identyfikacji również w konkursie, w którym prace takie nie zostały wybrane. Ratio legis przepisu jest zachowanie pełnej anonimowości prac w trakcie oceny, nie zaś ujawnianie wyłącznie informacji o wybranych pracach. Na celowość takiego postępowania wskazuje choćby art. 117 ust. 2, nakazujący zwrócić na wniosek uczestnika nieprzyjętą pracę, nawet w konkursie, w którym nie wybrano żadnych prac. Jednocześnie za moment wy-

boru prac należy zgodnie z definicją konkursu zawartą w art. 99 uznać dokonanie wyboru przez sąd konkursowy, nie zaś zatwierdzenie wyniku konkursu przez kierownika zamawiającego.

Art. 113 [Zawiadomienie o wyniku]

Zamawiający niezwłocznie po rozstrzygnięciu konkursu zawiadamia o jego wyniku uczestników konkursu, podając imię i nazwisko albo nazwę (firmę) oraz adres i miejsce zamieszkania (siedzibę) autora wybranej pracy konkursowej albo autorów wybranych prac konkursowych.

1. Rozstrzygnięcie konkursu to ustalenie jego wyników. Oznacza każdą decyzję podjętą przez zatwierdzającego wyniki konkursu kierownika zamawiającego, zarówno o przyznaniu nagród jak i np. o unieważnieniu konkursu. Warto pamiętać (por. art. 179), że uczestnikom konkursu wobec decyzji zamawiającego o rozstrzygnięciu konkursu, a także innych czynności podejmowanych w trakcie konkursu, przysługują środki ochrony prawnej.
2. Zakres przekazywanych uczestnikom konkursu wiadomości jest ograniczony do danych personalnych i adresowych podmiotów, których prace zostały wybrane (nagrodzone w sposób przewidziany w konkursie). Jeśli nagród nie przyznano (nie wybrano prac), zawiadomienie o wynikach konkursu zawiera wyłącznie informację o nie przyznaniu żadnej nagrody lub o unieważnieniu konkursu.

Art. 114 [Unieważnienie]

Zamawiający unieważnia konkurs, jeżeli nie został złożony żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie lub żadna praca konkursowa, a w przypadku, o którym mowa w art. 100 ust. 1 pkt 2, co najmniej dwie prace konkursowe.

1. W odróżnieniu od postępowań o udzielenie zamówienia liczba przesłanek dotyczących unieważnienia konkursu jest bardzo ograniczona. Unieważnienie konkursu możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy nie został złożony żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie lub żadna praca konkursowa. Jedynie w przypadku, gdy zamawiający przewiduje jako konsekwencje rozstrzygnięcia konkursu udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem niezbędne jest złożenie co najmniej dwóch prac konkursowych, co umożliwi wypełnienie dyspozycji art. 63 ust. 3, nakazującego zaproszenie do negocjacji co najmniej 2 wykonawców. Choć przepis wskazuje, iż unieważnienie konkursu w takiej sytuacji możliwe jest dopiero po stwierdzeniu braku dwóch złożonych prac należy przyjąć, że jeśli w konkursie, w którym przewidzianą nagrodą jest zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia nie wpłyną dwa wnioski, konkurs może być

unieważniony już na tym etapie, gdyż jest oczywiste, że złożenie dwóch prac jest niewykonalne.

2. Ograniczenie liczby przesłanek unieważnienia konkursu nie jest jednak równoznaczne z koniecznością wydania przyrzeczonych nagród w każdej sytuacji, w której w konkursie zostanie złożona odpowiednia ilość prac. Sąd konkursowy (niezależny w swoim postępowaniu) może uznać, iż przedstawione prace nie spełniają oczekiwań zamawiającego i nie przyznać nagród lub ograniczyć ich ilość.

Art. 115 [Wydanie nagrody, zaproszenie do negocjacji]

W terminie określonym w regulaminie konkursu, nie krótszym niż 15 dni od dnia rozstrzygnięcia konkursu, zamawiający wydaje (wyplaca) nagrodę, a w przypadkach, o których mowa w art. 100 ust. 1 pkt 2 i 3 – odpowiednio zaprasza do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki.

1. Zamawiający może wg własnego uznania określić w regulaminie termin wydania nagrody, o ile będzie on dłuższy niż 15 dni od rozstrzygnięcia konkursu, za które, pomimo brzmienia art. 112 ust. 2 należy uznać zatwierdzenie wyników konkursu przez kierownika zamawiającego (por. art. 113). Piętnastodniowy okres pomiędzy zatwierdzeniem wyników konkursu a dniem wydania nagrody pozwala na uprzednie zawiadomienie uczestników konkursu o jego wynikach zgodnie z art. 113 oraz na ewentualne wniesienie przez nich protestów. Zgodnie z art. 180 ust. 4 wniesienie protestu jest możliwe tylko przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia. Ponieważ wynikiem konkursu nie jest udzielane zamówienie należy przyjąć, że protest może być wniesiony do chwili wypełnienia zobowiązania zamawiającego zawartego w przyrzeczeniu, tzn. przyznania nagrody.

Art. 116 [Ogłoszenia o wynikach]

1. **Jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, zamawiający przekazuje, niezwłocznie po rozstrzygnięciu konkursu, ogłoszenie o jego wynikach Prezesowi Urzędu.**
 2. **Jeżeli wartość konkursu przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 130 000 euro, zamawiający przekazuje, niezwłocznie po rozstrzygnięciu konkursu, ogłoszenie o jego wynikach Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zamawiający przekazuje ogłoszenie o wynikach konkursu również Prezesowi Urzędu.**
1. Ogłoszenie o wynikach konkursu o wartości powyżej 60 000 euro jest dokonywane w formie analogicznej do ogłoszenia o konkursie (por. art. 104). Z ustawy

nie wynika natomiast dla zamawiającego obowiązek zamieszczania ogłoszeń o wynikach konkursu o wartości poniżej 60 000 euro. Musi jedynie wypełnić obowiązek podania do publicznej wiadomości rozstrzygnięcia konkursu w sposób przewidziany w regulaminie konkursu (art. 105 ust. 2 pkt 17).

2. Szczegółowy zakres informacji zamieszczanych w ogłoszeniu o wynikach konkursu określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich¹, które różnicuje zakres podawanych informacji w zależności od wartości konkursu. Wyniki konkursów o wartości powyżej 60 000 euro, lecz nie przekraczającej 130 000 euro, publikowane są wyłącznie w BZP, zaś konkursów o wartości powyżej 130 000 euro również w OJ.
3. Obowiązek przekazania ogłoszenia do publikacji następuje niezwłocznie po rozstrzygnięciu konkursu, tzn. zatwierdzeniu jego wyników przez kierownika zamawiającego, a w przypadku wniesienia protestu po jego ostatecznym rozstrzygnięciu. „Niezwłocznie” oznacza więc bezpośrednio po upływie terminu na wnoszenie protestów na czynności zamawiającego, tj. co najmniej po siedmiu dniach od dnia, w którym uczestnicy konkursu mogli się zapoznać z rozstrzygnięciem konkursu. Dzień ten może być uzależniony od sposobu (formy) przekazywania zawiadomień o rozstrzygnięciu konkursu jego uczestnikom (por. art. 113), ale również od sposobu podania do publicznej wiadomości rozstrzygnięcia konkursu przewidzianego w regulaminie konkursu, jeśli na podstawie postanowień regulaminu w tym zakresie możliwe było jednoznaczne ustalenie miejsca (sposobu) podania rozstrzygnięcia. Wówczas taka opublikowana informacja będzie traktowana jako umożliwienie uczestnikom konkursu wniesienia protestu i termin siedmiodniowy będzie mógł być liczony od daty publikacji, nawet jeśli zawiadomienie przekazywane na podstawie art. 113 dotarło do adresata później.

Art. 117 [Przechowywanie dokumentacji, zwrot prac]

- 1. Zamawiający przechowuje dokumentację konkursu przez okres 4 lat od dnia rozstrzygnięcia konkursu w sposób gwarantujący jej nienaruszalność.**
 - 2. Zamawiający na wniosek uczestników konkursu, których prace konkursowe nie zostały wybrane, zwraca złożone przez nich prace konkursowe.**
1. W odniesieniu do dokumentacji konkursu, podobnie jak w przypadku protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia, na zamawiającego został nałożony obowiązek jej przechowywania przez cztery lata w sposób zapewniający jej nienaruszalność.

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 48, poz. 460.

2. Czteroletni okres przechowywania rozpoczyna się w dniu następującym po dniu rozstrzygnięcia konkursu, tzn. zatwierdzeniu jego wyników przez kierownika zamawiającego, a w przypadku wniesienia protestu jako dzień następujący po dniu jego ostatecznego rozstrzygnięcia. Jednocześnie należy jednak przyjąć, iż w sytuacji, gdy nagrodą w konkursie jest udzielenie zamówienia, a zgodnie z art. 96 ust. 2 każda informacja składana przez zamawiającego i wykonawców jest załącznikiem do protokołu, dokumentacja z konkursu powinna być traktowana jak załącznik do protokołu z postępowania i przechowywana z uwzględnieniem postanowień art. 97.
3. Dokumentacja powinna być przechowywana w sposób zapewniający jej nienaruszalność czyli w takim stanie, w jakim została złożona lub wytworzona. Wyjątek od obowiązku przechowywania dotyczy prac, które nie zostały wybrane, a składający je uczestnicy konkursu wystąpili z pisemnym wnioskiem o ich zwrócenie. Wniosek taki stanowi wówczas element dokumentacji konkursu i podlega obowiązkowi przechowywania.

Rozdział 2

Udzielanie i wykonywanie koncesji na roboty budowlane

Art. 118 [Udzielanie koncesji]

1. W postępowaniu mającym na celu udzielenie koncesji na roboty budowlane, zwanej dalej „koncesją”, mogą uczestniczyć wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego.
 2. Koncesji udziela się stosując odpowiednio przepisy o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym albo negocjacjach z ogłoszeniem. Przepisu art. 55 nie stosuje się.
 3. Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 52 dni od dnia przekazania ogłoszenia Prezesowi Urzędu.
 4. Jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 52 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
1. Udzielanie koncesji na roboty budowlane to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane z przewidzianą szczególną formą wynagrodzenia wykonawcy (por. art. 2 pkt 4). Jej wykonywanie następuje, podobnie jak realizacja każdego zamówienia, w oparciu o umowę cywilnoprawną zawartą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, zwanym w tym przypadku koncesjonariuszem. Użyte pojęcie „koncesja” nie pozostaje więc w żadnym związku z identycznym pojęciem występującym np. w ustawie o swobodzie działalności

gospodarczej¹, w którym koncesja ma charakter pozwolenia administracyjnego na prowadzenie działalności gospodarczej.

2. Zawarte w art. 2 pkt 4 przesądzenie, iż koncesja jest zamówieniem publicznym skutkuje obowiązkiem stosowania w postępowaniu o udzielenie koncesji wszelkich przepisów Pzp, o ile przepisy niniejszego rozdziału lub inne przepisy ustawy nie przewidują rozwiązań szczególnych.
3. Koncesji udzielają wyłącznie zamawiający o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3. Wniosek taki wynika z analizy przepisów art. 3 ust. 1 pkt 7 oraz art. 121. Zgodnie z pierwszym z przywoływanych przepisów wyłącznie podmioty, którym koncesji udzielił zamawiający o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 stosują przepisy Pzp do zamówień udzielanych w celu wykonywania koncesji. Jednocześnie w art. 121 obowiązek stosowania przepisów ustawy w zakresie uzależnionym od statusu formalno – prawnego został nałożony na wszystkich koncesjonariuszy. Rozwiązanie to wskazuje, że nie może istnieć koncesjonariusz który nie stosuje ustawy, a takim byłby z racji brzmienia art. 3 ust. 1 pkt 7 podmiot, któremu koncesji udzieliłby zamawiający o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4–7. Nie wyklucza to jednak sytuacji, w których inni zamawiający zawrą umowę w sprawie zamówienia publicznego w taki sposób, w której wynagrodzeniem będzie prawo do eksploatacji obiektu. W rozumieniu Pzp będzie to jednak typowe zamówienie na roboty budowlane nie zaś koncesja, z którą wiąże się powstanie obowiązku stosowania ustawy przez wykonawcę zamówienia (koncesjonariusza). Takie rozwiązanie jest przyjęte również w prawie europejskim dotyczącym zamówień publicznych, w którym instytucja koncesji na roboty budowlane funkcjonuje wyłącznie w odniesieniu do zamawiających zobowiązanych do stosowania dyrektyw klasycznych.
4. Przyjmując, zgodnie z art. 2 ust. 4, iż koncesja na roboty budowlane jest zamówieniem publicznym na takie roboty należy uznać, że wyłącznie wykonanie zamówienia w zakresie wykonywania robót objętych umową w sprawie zamówienia będzie stanowić wykonywanie koncesji. Dalsze czynności związane z eksploatacją obiektu będą zaś działaniami mającymi na celu realizację wynagrodzenia za wykonanie koncesji. Tym samym przewidziany w art. 121 obowiązek stosowania przez koncesjonariuszy Pzp przy wykonywaniu koncesji, należy uznać za spełniony wraz z zakończeniem inwestycji. Tzn. wykonaniem robót budowlanych. Do dalszych czynności związanych z eksploatacją obiektu stosować będą jedynie koncesjonariusze, którzy są podmiotowo zobowiązani do stosowania ustawy.
5. Zamawiający określając warunki, których spełnienie zgodnie z ust. 1 umożliwia wykonawcy uczestnictwo w postępowaniu jest obowiązany respektować postanowienia art. 22–26, tak, jak w postępowaniu prowadzonym w związku z każ-

¹ Dz. U z 2004 r. Nr 173, poz. 1807.

dym innym zamówieniem. Warunki te nie mogą mieć charakteru dyskryminującego. Jednakże po zweryfikowaniu spełnienia przez wykonawcę minimalnych wymogów określonych przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu zamawiający może dokonywać oceny ofert również poprzez porównywanie sposobu spełniania tych warunków, i to niezależnie od trybu w jakim udziela zamówienia. Nie musi przy tym, jak to ma miejsce w przypadku innych zamówień udzielanych w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, czynić z tego odrębnego etapu postępowania, traktując tą ocenę jako element oceny ofert.

6. Niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia oraz bez konieczności wystąpienia jakichkolwiek przesłanek ustawowych zamawiający może przeprowadzić postępowanie którego celem jest udzielenie koncesji, stosując jeden z trzech trybów – przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony lub negocjacje z ogłoszeniem. Nie jest przy tym wymagana wyrażona w formie decyzji administracyjnej zgoda Prezesa Urzędu na zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem. Uznanie tego trybu za równoprawny trybom przetargowym jest szczególnie istotne z uwagi na fakt, iż udzielanie koncesji wiąże się z koniecznością analizy wielu warunków realizacji zamówienia i zapoznania się z koncepcjami wykonawców dotyczącymi jej wykonywania. Tryb negocjacji z ogłoszeniem umożliwia to w sposób pełniejszy niż tryby przetargowe.
7. Udzielając koncesji przy odpowiednim stosowaniu jednego z trzech wspomnianych trybów zamawiający obowiązany jest dochować obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Zasady publikacji oraz wzory ogłoszeń są takie, jak w przypadku innych postępowań o udzieleniu zamówienia na roboty budowlane prowadzonych w trybach z ogłoszeniem. Ponadto zamawiający jest obowiązany do przestrzegania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert. Jeśli wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza 60 000 euro terminy te są takie same, jak w przypadku udzielania innych zamówień w odpowiednim trybie. W przypadku postępowań o większej wartości (powyżej 60 000 euro) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem wynosi 52 dni i nie może ulec skróceniu. Brak odrębnych regulacji dotyczących terminów składania ofert przy udzielaniu koncesji w trybie przetargu nieograniczonego przesądza, że stosuje się wówczas odpowiednio postanowienia art. 43, zgodnie z którymi termin składania ofert również wynosi 52 dni.
8. Termin ten zgodnie z art. 43 ust. 4 może w przypadku „zwykłych” zamówień, o których informacja została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym o planowanych zamówieniach, ulec skróceniu do 37 dni. Dyrektywa 93/37/EWG nie zobowiązuje jednak zamawiających do uwzględniania zamówień, których przedmiotem jest udzielenie koncesji w ogłoszeniu o planowanych zamówieniach. Jedynie w oparciu o art. 17 dyrektywy zamawiający może publikować w OJ ogłoszenia nie podlegające obowiązkowi publikacji. Przepis ten pozwala

na publikowanie ogłoszeń o koncesji w formie wstępnego ogłoszenia informacyjnego i tym samym realizację dyspozycji zawartej w Pzp, zgodnie z którą ogłoszenie takie stanowi obowiązek zamawiającego (por. art. 13). Fakultatywne zamieszczenie ogłoszenia nie zezwala jednak na skrócenie terminów.

9. Taki kształt regulacji w prawie europejskim wskazuje, że mimo braku wyraźnego zakazu skracania terminów składania ofert w postępowaniach o udzielenie koncesji prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, określenie tych terminów na czas krótszy niż 52 dni w postępowaniach objętych regulacjami dyrektyw (tzn. o wartości powyżej 5 000 000 euro) byłoby niewłaściwe. Nie ma natomiast zakazu skracania terminów składania ofert (do 37 dni, zgodnie z art. 43 ust. 4) w postępowaniach o wartości pomiędzy 60 000 a 5 000 000 euro.
10. Przesądzenie, iż koncesja jest zamówieniem na roboty budowlane decyduje, że dla obliczania wartości koncesji stosuje się przepisy odnoszące się do ustalenia wartości zamówień, których przedmiotem są takie roboty.

Art. 119 [Dopuszczalność kryteriów podmiotowych]

W postępowaniu mającym na celu udzielenie koncesji do oceny ofert nie stosuje się przepisu art. 91 ust. 3.

1. Przepisy dyrektywy 93/37EWG wskazując kryteria, które mogą być stosowane przy udzielaniu zamówień nie odnoszą się do postępowań o udzielenie koncesji. Tym samym nie ograniczają zakresu możliwych do zastosowania kryteriów do tych, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Pzp w ślad za przywołaną dyrektywą dopuszcza przy udzielaniu koncesji posługiwanie się podmiotowymi kryteriami oceny ofert. Kryteria te mogą być jednak formułowane wyłącznie w oparciu o informacje zawierające się w dokumentach, których zamawiający może żądać zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego¹, jest to bowiem wyłączny zakres wiedzy o wykonawcy, jakiej może żądać zamawiający.

Art. 120 [Podwykonawstwo]

1. **Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może żądać, aby wykonawca, któremu udzielono koncesji (koncesjonariusz), zawarł z innymi podmiotami umowy o podwykonawstwo o wartości stanowiącej co najmniej 30% całkowitej wartości koncesji.**

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645.

2. **Umowy zawarte między wykonawcami w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz umowy z przedsiębiorstwami pozostającymi z wykonawcą w stosunku zależności lub dominacji w rozumieniu ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz. U. z 2002 r. Nr 49, poz. 447, z późn. zm.) nie są uważane za umowy o podwykonawstwo w rozumieniu ust. 1.**
 3. **Wykonawca składa wraz z ofertą listę przedsiębiorstw, o których mowa w ust. 2.**
1. Udzielając koncesji zamawiający zgodnie z własną decyzją może zażądać w SIWZ aby wykonawca nie mniej niż 30% wartości koncesji ustalonej zgodnie z przepisami dotyczącymi ustalania wartości zamówień na roboty budowlane zrealizował poprzez zlecenie zadań podwykonawcom. Przepis określa maksymalny pułap żądania zamawiającego, który może zażądać powierzenia podwykonawcom takiej części robót, albo części mniejszej niż 30%, albo zrezygnować z takiego żądania. Regulacja ta nie ogranicza również wykonawców w powierzaniu podwykonawcom wskazanym w ofercie więcej niż 30% robót objętych koncesją. Żądanie to ma charakter uzupełniający w stosunku do regulacji art. 36 ust. 3 i 4 i nie wyłącza ich stosowania. Nie jest przy tym możliwe, aby konkretni podwykonawcy zostali wskazani przez zamawiającego. Przepis ust. 2 dla potrzeb ewentualnego żądania zawarcia umów podwykonawczych zawęża pojęcie podwykonawcy, wyłączając z niego podmioty powiązane z wykonawcą, tzn. podmioty zależne lub dominujące. Dla ustalenia, czy przyszłe umowy o podwykonawstwo wypełniające żądanie wskazane w SIWZ nie będą zawierane z podmiotami powiązanymi, wykonawca wraz z ofertą składa kompletną listę przedsiębiorstw pozostających z nim w stosunku zależności lub dominacji. Nie wskazanie na liście o której mowa w ust. 3 przedsiębiorstwa które powinno zostać wskazane, lub przedsiębiorstwa z którym stosunek zależności lub dominacji zostanie ukształtowany po złożeniu oferty, nie umożliwia uznania go za podwykonawcę. Jeśli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie koncesji postanowienia dotyczące przedsiębiorstw powiązanych odnoszą się do wszystkich występujących wspólnie wykonawców.
 2. Pojęcia „podmiot dominujący” oraz „podmiot zależny” zostały zdefiniowane w art. 4 pkt 16 i 16a ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi¹. Podmiotem dominującym jest podmiot który: a) posiada bezpośrednio lub pośrednio przez inne podmioty (zależne) większość głosów w organach innego podmiotu (zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub b) jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków organów zarządzających innego podmiotu (zależnego), lub c) więcej niż połowa członków zarządu drugiego podmiotu (zależnego) jest jednocześnie członkami zarządu, prokurentami lub osobami pełniącymi funkcje kierownicze pierwszego

¹ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz. U. z 2002 r. Nr 49, poz. 447, z późn. zm.).

podmiotu bądź innego podmiotu pozostającego z tym pierwszym w stosunku zależności.

3. Podmiotem zależnym jest podmiot w stosunku do którego inny podmiot jest podmiotem dominującym, przy czym wszystkie podmioty zależne od tego podmiotu zależnego uważa się również za podmioty zależne od tego podmiotu dominującego.

Art. 121 [Obowiązki koncesjonariusza]

1. **Koncesjonariusz, który jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3 i 5, jest obowiązany stosować przepisy ustawy do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji.**
 2. **Koncesjonariusz, który nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3 i 5, przy udzielaniu zamówień wynikających z wykonywania koncesji jest obowiązany do:**
 - 1) **stosowania przepisów ustawy dotyczących ogłoszeń, z wyłączeniem wstępnego ogłoszenia informacyjnego;**
 - 2) **określania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 1–3 oraz terminów składania ofert, o których mowa w art. 52 ust. 1 i 2;**
 - 3) **prowadzenia postępowań z zachowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1.**
 3. **Przepisu ust. 2 nie stosuje się do udzielania zamówień przedsiębiorstwom pozostającym z wykonawcą w stosunku zależności lub dominacji w rozumieniu ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi oraz podmiotom, z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji.**
1. Zakres stosowania ustawy przez wykonawców koncesji (koncesjonariuszy) jest uzależniony od ich statusu formalnoprawnego. Jednakże w każdym przypadku celem regulacji jest zobowiązanie koncesjonariusza do zapewnienia przejrzystych reguł wykonywania koncesji. Ustawa określa przy tym jedynie minimalny zakres obowiązków koncesjonariusza, a przepisy o wykonywaniu koncesji nie mogą prowadzić do odstąpienia od stosowania innych regulacji ustawy, jeśli na ich podstawie zakres obowiązków podmiotu będącego koncesjonariuszem jest szerszy.
 2. Koncesjonariusze, którzy posiadają status zamawiających w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3 są obowiązani do stosowania wszelkich przepisów Pzp do całej swojej działalności, a więc również do zamówień związanych z wykonywaniem koncesji. Zakres stosowania ustawy przy wykonywaniu koncesji jest przy tym identyczny jak w przypadku pozostałej działalności. Oznacza to w konsekwencji, że w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 3 ust.1 pkt 3 jest on

uzależniony od obszaru działalności, którego dotyczy koncesja. Jeżeli zawiera się w działalności podlegającej przepisom o zamówieniach sektorowych, wówczas do wykonywania koncesji taki koncesjonariusz stosuje przepisy ustawy tak, jak przy udzielaniu innych zamówień sektorowych.

3. Koncesjonariusze będący jednocześnie zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 stosują do wykonywania koncesji przepisy Pzp w całości. Aby jednak zyskać status zamawiającego o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 podmiot będący koncesjonariuszem musi uzyskać i przeznaczyć na finansowanie zamówienia będącego przedmiotem koncesji środki publiczne lub zapewnić sobie współfinansowanie takiego przedsięwzięcia przez zamawiających w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1–3.
4. Koncesjonariusze, będący jednocześnie zamawiającymi o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 są podmiotowo zobowiązani do stosowania przepisów ustawy przy udzielaniu zamówień w celu wykonywania określonych rodzajów działalności (zamówień sektorowych). Oznacza to, że w przypadku wykonywania koncesji uzależniają sposób stosowania Pzp od obszaru działalności, którego dotyczy koncesja. Jeżeli zakres działań objętych umową koncesji zawiera się w działalności podlegającej przepisom o zamówieniach sektorowych, wówczas taki koncesjonariusz do wykonywania koncesji stosuje przepisy ustawy tak, jak przy udzielaniu innych zamówień sektorowych. Jeśli natomiast koncesja dotyczy innej działalności, koncesjonariusz stosuje wyłącznie postanowienia art. 121 ust. 2.
5. Koncesjonariusze którzy są jednocześnie zamawiającymi o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 6 mogą zostać zobowiązani do stosowania przepisów Pzp w zakresie szerszym niż przewidziany w art. 121 ust. 2 przez podmiot przekazujący im środki, z których będzie współfinansowane wykonywanie koncesji.
6. Pozostali koncesjonariusze są zobowiązani do stosowania niektórych przepisów Pzp wymienionych w art. 121 ust. 2. Przepisy te mają na celu zapewnienie respektowania zasad równości i uczciwej konkurencji przy wyborze wykonawców wyłanianych w trakcie wykonywania koncesji, a także, choć w ograniczonym zakresie, zasady jawności poprzez obowiązek stosowania przepisów o ogłoszeniach. Wyłączenie tego obowiązku w stosunku do wstępnego ogłoszenia informacyjnego sprawia, iż koncesjonariusz będzie zobowiązany do zamieszczania następujących ogłoszeń: ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o udzielonym zamówieniu, ogłoszenia o konkursie oraz ogłoszenia o wynikach konkursu.
7. Wskazanie ograniczonego zakresu stosowania ustawy przez koncesjonariuszy nie będących zamawiającymi o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–5 skutkuje brakiem możliwości korzystania przez nich z tych rozwiązań ustawy, które nie mieszczą się w zakresie ukształtowanym przepisem art. 121 ust. 2. Tym samym koncesjonariusze których ten przepis dotyczy nie mogą stosować do udzielania

zamówień niektórych przepisów ułatwiających udzielanie zamówień w określonych sytuacjach np. trybów bez ogłoszenia.

8. Zamawiający, który udziela koncesji nie może uzależnić jej udzielenia od stosowania przez koncesjonariusza ustawy w szerszym zakresie, niż wynika to z art. 121.

Rozdział 3

Zamówienia sektorowe

Art. 122 [Działalność sektorowa]

1. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4, zwanych dalej „zamówieniami sektorowymi”, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 i 6, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z następujących rodzajów działalności:
 - 1) poszukiwania, rozpoznawania miejsc występowania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;
 - 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz udostępniania ich przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
 - 3) tworzenia stałych sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, transportem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub energii cieplnej lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo energii cieplnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
 - 4) tworzenia stałych sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
 - 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolei linowej lub systemów automatycznych;
 - 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
 - 7) udostępniania lub obsługi publicznej sieci telekomunikacyjnej albo świadczenia jednej lub większej liczby usług telekomunikacyjnych za pomocą takiej sieci.
2. Zamawiający, o których mowa w ust. 1 pkt 4, stosują przepisy niniejszego rozdziału do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków oraz działalnością związaną z pozyskiwaniem wody pitnej.
 1. Wyróżnienie zamówień sektorowych w Prawie zamówień publicznych wiąże się z wyróżnieniem tych zamówień w dyrektywach Unii Europejskiej. W 1993 roku przyjęta została Dyrektywa Rady 93/38/EWG („Dyrektywa sektorowa”), która

dotyczyła koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej – kanalizacyjnej, energetyki, transportu i telekomunikacji¹. Tak jak wcześniejsze dyrektywy klasyczne obejmowały generalnie sektor finansów publicznych, tak przedmiotem regulacji dyrektywy sektorowej był sektor „użyteczności publicznej”².

2. Pierwsze akty implementacji dyrektywy sektorowej do prawa polskiego były wysoce niefortunne. Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 roku o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych³ w istotnej mierze zmieniła zakres podmiotowy ustawy o zamówieniach publicznych. Zakresem jej stosowania zostały objęte prywatne przedsiębiorstwa działające w sektorach energetyki, transportu, telekomunikacji, wodnokanalizacyjnym i wydobywczym. Istotną wadą tej regulacji był brak przewidzianych w dyrektywie wyłączeń przedmiotowych oraz wielu liberalnych rozwiązań, które w istotnej mierze różnią dyrektywę sektorową od dyrektyw klasycznych. W praktyce więc, wbrew duchowi i literze wzorców unijnych które dla polskiego ustawodawcy były punktem odniesienia, wiele prywatnych podmiotów zostało poddanych reżimowi zamówień publicznych, właściwemu dla sektora finansów publicznych. Odrębnym mankamentem było bardzo krótkie *vacatio legis*. Wiele wątpliwości budziło też stosowane w uzp pojęcie „użyteczności publicznej”.
3. Niektóre z powyższych mankamentów zostały usunięte nowelizacją ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 29 sierpnia 2003 roku⁴. Dotyczy to w szczególności kilku uwzględnionych wyłączeń przedmiotowych przewidzianych w dyrektywie sektorowej. Dopiero jednak Prawo zamówień publicznych należyście uwzględniło ducha i literę dyrektywy sektorowej. Potwierdzeniem tego jest zarówno charakter regulacji (wiele rozwiązań bardziej liberalnych niż w reżimie finansów publicznych), jak i jej obszerność i wyróżnienie w ramach odrębnego rozdziału.
4. To, czy dane zamówienie będzie mogło być uznane za sektorowe zależy od odpowiedzi na pytanie, czy jest ono udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonych w art. 122 ust. 1 pkt 1–7. Określenie „w celu wykonywania...” może rodzić wątpliwości interpretacyjne. Pojęcie to powinno być interpretowane szeroko. Jeżeli np. określona firma prowadzi jedynie działalność sektorową nie powinno ulegać wątpliwości, że np. zakup papieru do drukarek, zakup benzyny do samochodów, budowa nowego budynku administracji, itp. to zamówienia udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej. Dla

¹ Opubl. O.J.L 199/93.

² Pojęcie „użyteczności publicznej” nie w pełni oddaje jednak naturę materii uregulowanej w dyrektywie sektorowej, bowiem wiele podmiotów objętych dyrektywą sektorową w żaden sposób nie może być postrzeganych jako należących do sektora użyteczności publicznej (np. kopalnie, elektrownie, itp.).

³ Dz. U. Nr 76, poz. 813.

⁴ Dz. U. Nr 165, poz. 1591.

uznania danego zamówienia za sektorowe nie stanowi wystarczającego argumentu to, że jest ono finansowane z działalności sektorowej, w oderwaniu od tego, czy zamówienie to byłoby udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej.

5. Sam przedmiot zamówienia nie zawsze musi przesądzać o jego sektorowym charakterze. Określenie „cel” wiąże się nieraz z konkretnymi zamiarami zamawiającego. Np. wzięcie kredytu w celu zakupu akcji firmy energetycznej nie musi być postrzegane jako zamówienie udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej gdy inwestycja jest tzw. inwestycją portfelową. Nie będzie jednak wątpliwości co do sektorowego typu zamówienia, gdy zamawiający (np. wytwórca ciepła) kupuje akcje innego wytwórcy ciepła po to, aby docelowo połączyć te dwie firmy i wykorzystać efekt synergii.
6. Powstaje pytanie, czy można mówić o zamówieniu sektorowym wtedy, gdy dany podmiot nie rozpoczął jeszcze działalności sektorowej, ale zamówienie jest bezpośrednio związane z tą działalnością, np. zamówienie na budowę dużej kotłowni dokonywane przez podmiot, który zamierza prowadzić działalność polegającą na wytwarzaniu ciepła. Należy przyjąć, że ocena co do tego, czy zamówienie jest udzielane w celu wykonywania określonej działalności sektorowej powinna być oderwana od tego, czy dany podmiot już taką działalność prowadzi.
7. Działalność o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 1 reguluje bliżej ustawa Prawo geologiczne i górnicze¹. Zgodnie z art. 6 ust. 4 i 5 tej ustawy „poszukiwaniem jest wykonywanie prac geologicznych w celu odkrycia i wstępnego udokumentowania zasobów złóż kopalin lub wód podziemnych”, a „rozpoznawaniem jest wykonywanie prac geologicznych na obszarze wstępnie udokumentowanego złoża kopaliny lub wód podziemnych”. Z kolei art. 15 ust. 1 tej ustawy przewiduje, że działalność gospodarcza w zakresie poszukiwania lub rozpoznawania złóż kopalin przez wydobywanie kopalin ze złóż, wymaga koncesji.
8. Zgodnie z ustawą Prawo lotnicze² zarządzającym lotniskiem jest podmiot, który został wpisany jako zarządzający do rejestru lotnisk cywilnych (art. 2 ust. 7). Zarządzanie lotniskiem wymaga uzyskania certyfikatu (art. 160) oraz zezwolenia (art. 173 ust. 1 pkt 1). Zagadnienia zarządzania portami morskimi reguluje ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o portach i przystaniach morskich³. W odniesieniu do zarządzania portami śródlądowymi znajduje zastosowanie ustawa o żegludze śródlądowej⁴.

¹ Dz. U. z 1994 r. Nr 27, poz. 96 z późn. zm.

² Dz. U. z 2002 r. Nr 130, poz. 1112.

³ Dz. U. z 2002 r. Nr 110, poz. 967 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 43 z późn. zm.

9. Przez sieć, w rozumieniu ustawy Prawo energetyczne¹, należy rozumieć instalacje połączone i współpracujące ze sobą, służące do przesyłania i dystrybucji paliw lub energii, należące do przedsiębiorstw energetycznych (art. 3 pkt 11). Z kolei przedsiębiorstwem energetycznym jest podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania i dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi (art. 3 pkt 12).
10. Tworzenie stałych sieci, o których mowa w art. 122 ust. 3 i 4 nie może być utożsamiane z wykonywaniem jakichkolwiek usług, dostaw czy robót budowlanych niezbędnych dla powstania wspomnianych stałych sieci. Przez tworzenie stałych sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, transportem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub energii cieplnej należy rozumieć długi proces określony przepisami ustawy Prawo energetyczne. Proces ten wiąże się między innymi z tworzeniem planów rozwoju przedsiębiorstw energetycznych oraz opracowywaniem założeń do planu zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe, przygotowywanym dla obszaru gminy lub jej części.
11. Działalnością o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 4 będą zajmowały się z reguły przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjne, czyli, zgodnie z ustawą o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków² przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, którzy prowadzą działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków, oraz gminne jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, prowadzące tego rodzaju działalność (art. 2 ust. 4). Na prowadzenie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków jest wymagane uzyskanie zezwolenia wydawanego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w drodze decyzji (art. 16 ust. 1).
12. W odniesieniu do rodzajów działalności, o których mowa w art. 122 ust. 1 pkt 5 i 6, istotne znaczenie mają ustawa o transporcie kolejowym³ oraz ustawa o transporcie drogowym⁴. Przepisy te między innymi szczegółowo regulują zagadnienia licencji i zezwoleń na wykonywanie określonych rodzajów działalności gospodarczej.
13. Zasady wykonywania i kontroli działalności polegającej na świadczeniu lub udostępnianiu usług telekomunikacyjnych oraz eksploatacji sieci telekomunikacyjnych reguluje ustawa Prawo telekomunikacyjne⁵. W świetle art. 10 tej ustawy działalność telekomunikacyjna jest działalnością regulowaną i podlega wpi-

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504 – tekst jednolity z późn. zm.

² Dz. U. z 2001 r. Nr 72, poz. 747 z późn. zm.

³ Dz. U. z 2003 r. Nr 88, poz. 788 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 2001 r. Nr 125, poz. 1371 z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800.

sowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty.

Art. 123 [Zakres stosowania ustawy]

- 1. Do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 400 000 euro dla dostaw lub usług oraz kwoty 5 000 000 euro dla robót budowlanych, z zastrzeżeniem ust. 2.**
 - 2. Do udzielania zamówień sektorowych, o których mowa w art. 122 ust. 1 pkt 7, ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 600 000 euro dla dostaw lub usług oraz kwoty 5 000 000 euro dla robót budowlanych.**
1. Co do zasady Pzp stosuje się do zamówień, których wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 6000 euro. W odniesieniu do zamówień sektorowych próg ten jest o wiele wyższy, choć różny w zależności od tego, czy zamówienie dotyczy usług, dostaw, czy robót budowlanych. Wiąże się to z *ratio legis* regulacji zamówień sektorowych, przy których z założenia nie dochodzi do wydatkowania środków publicznych. Przy udzielaniu zamówień sektorowych bierze się pod uwagę odrębne progi, powyżej których znajduje zastosowanie Pzp. Przy udzielaniu zamówień sektorowych w celu wykonywania działalności, o której mowa w art. 123 ust. 1 pkt 1–6 stosuje się je, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 400 000 euro dla dostaw i usług oraz kwoty 5 000 000 euro dla robót budowlanych. W odniesieniu do działalności, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 7 progi te wynoszą odpowiednio 600 000 euro i 5 000 000 euro. Regulacja dotycząca zamówień sektorowych nie wyróżnia odrębnych definicji usług, dostaw czy robót budowlanych, także wartość zamówień ustala się na zasadach ogólnych.
 2. Powstaje pytanie, na jakich zasadach udzielane są zamówienia które mają charakter zamówień sektorowych, jednak ich wartość jest niższa od progów określonych w art. 123. Należy przyjąć, że bez względu na to, czy określony zamawiający stosuje Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3, czy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4, w każdym przypadku nie ma obowiązku stosowania jego przepisów. Zamówienie takie będzie udzielone na podstawie odrębnych procedur określonych przez zamawiających, których podstawą będzie nie prawo zamówień publicznych, ale Kodeks cywilny. W niektórych tego typu wewnętrznych regulacjach (np. regulaminach) zawarte są postanowienia o „odpowiednim stosowaniu Prawa zamówień publicznych”. Jakkolwiek wiele zawartych tam instytucji i regulacji może znaleźć odpowiednie stosowanie, to jednak nie wszystkie. W szczególności w odniesieniu do zamówień, które nie są zamówieniami publicznymi nie będzie możliwe zastosowanie przepisów przewidujących wydanie decyzji administracyjnych przez Prezesa UZP ani odwołań wnoszonych do Prezesa Urzędu.

3. Niekiedy dane zamówienie w części może być zamówieniem sektorowym, w części zaś nie. W takiej sytuacji powstanie pytanie, na jakiej podstawie i na jakich zasadach ma być ono udzielone. Np. firma energetyczna zleca prace doradcze o wartości 500 000 euro, z których część ma dotyczyć dywersyfikacji działalności firmy i inwestycji w działalność hotelarską (ta część wyceniana jest na 150 000 euro). Ze względu na to, że wartość zamówienia sektorowego jest poniżej 400 000 euro nie znajdują zastosowania przepisy o zamówieniach sektorowych. Zamawiający, który stosuje Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3, będzie zobowiązany do zastosowania jego przepisów na zasadach ogólnych (zamówienie nie będzie miało charakteru sektorowego). Gdyby z kolei zamówienie zawierało zarówno elementy zamówienia sektorowego (przekroczone progi dla zamówień sektorowych) jak i zamówienia nie mającego charakteru sektorowego wtedy podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 będą zobowiązane prowadzić postępowanie na zasadach ogólnych. Biorąc pod uwagę powyższą konkluzję warto w takim przypadku zastanowić się, czy nie będzie właściwy, a jednocześnie dopuszczalny, podział zamówienia.

Art. 124 [Umowa ramowa]

- 1. Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy o przetargu ograniczonym lub negocjacjach z ogłoszeniem.**
 - 2. Umową ramową jest umowa zawarta między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen oraz przewidywanych ilości.**
 - 3. Jeżeli zamawiający dopuszcza zawarcie umowy ramowej z więcej niż jednym wykonawcą, określa w ogłoszeniu maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zawrze umowę ramową.**
1. Instytucja umów ramowych jest dobrym rozwiązaniem dla tych wszystkich zamawiających którzy udzielając zamówień, ze względu na ich charakter lub inne okoliczności, nie są w stanie z góry określić precyzyjnie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, gdy powstanie potrzeba udzielenia zamówienia, terminy ustawowe dotyczące procedur konkurencyjnych są zbyt długie dla zrealizowania danego zamówienia w pożądanym terminie. Trudno np. w skali roku określić, ile razy i w jakim zakresie niezbędne będą usługi naprawy systemu komputerowego w dużej firmie, podobnie trudno określić z góry zakres prac przy likwidacji awarii w sieci wodno-kanalizacyjnej. Zgodnie z ustawą instytucja umów ramowych może być stosowana tylko w odniesieniu do zamówień sektorowych, choć w praktyce niejednokrotnie te same względy uzasadniałyby zastosowanie jej w sektorze finansów publicznych.
 2. Zawarcie umowy ramowej nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Samo zawarcie umowy ramowej należy traktować jako jeden

z etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku zawarcia umowy ramowej zamówienia publiczne są udzielane dopiero na podstawie odrębnych umów. Sam fakt zawarcia umowy ramowej nie rodzi ani po stronie zamawiającego, ani wykonawców którzy ją zawarli, żadnego obowiązku kontraktowania. Może zdarzyć się i tak, że pomimo zawarcia umowy ramowej nigdy nie dojdzie do udzielenia na jej podstawie żadnego zamówienia, który to fakt nie będzie też dla kogokolwiek podstawą jakichkolwiek roszczeń.

3. Przed zawarciem umowy ramowej zamawiający powinien przeprowadzić albo procedurę przetargu ograniczonego, albo negocjacji z ogłoszeniem. Biorąc pod uwagę fakt, że do udzielenia zamówienia opartego o umowę ramową dochodzi w procedurze bez ogłoszenia (zamówienie z wolnej ręki lub negocjacje bez ogłoszenia), tryb postępowania prowadzącego do zawarcia umowy ramowej jest trybem publicznym (po ogłoszeniu). Z trzech trybów, których wszczęcie polega na obowiązkowym dokonaniu ogłoszenia tylko tryb przetargu nieograniczonego nie może być zastosowany w celu wyłonienia wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa. Takie rozwiązanie jest uzasadnione tym, że tryb ten nie przewiduje podawania znaczenia warunków udziału w postępowaniu, co jest niezbędne dla stworzenia listy rankingowej wykonawców, a to z kolei jest konieczne przy wyborze tych spośród wielu wykonawców, którzy warunki udziału w postępowaniu spełnili w sposób najdalej idący.
4. Zamawiający decyduje o tym, czy zawrze umowę ramową z jednym, czy z kilkoma wykonawcami. Decyzja ta ma istotne znaczenie bowiem przesądza, w jakim trybie będzie udzielone konkretne zamówienie wykonawcy, z którym została zawarta umowa ramowa. Zawarcie umowy ramowej z jednym tylko wykonawcą jest ryzykowne o tyle, że wykonawca taki nie ma obowiązku przystąpienia do jakichkolwiek rozmów z zamawiającym w sprawie zamówienia sektorowego. Jeżeli wykonawca nie mając gwarancji, że zamawiający udzieli mu jakiegokolwiek zamówienia, podejmuje zobowiązania wobec innych podmiotów, może nie móc zrealizować dla zamawiającego z którym podpisał umowę ramową, oczekiwanego zamówienia.
5. Ustawa nie przewiduje żadnych ograniczeń co do liczby wykonawców, z którymi zamawiający może zawrzeć umowę ramową. W każdym jednak przypadku zamawiający powinien określić w ogłoszeniu maksymalną liczbę wykonawców, z którymi zawrze taką umowę. Biorąc pod uwagę znaczenie terminu „maksymalna liczba” należy uznać, że zamawiający może zawrzeć umowę ramową z mniejszą liczbą wykonawców, niż podana w ogłoszeniu. Zawsze jednak powinien dokonywać wyboru zgodnie z listą rankingową, wybierając kolejno najkorzystniejsze oferty. Umowy podpisane z większą liczbą wykonawców niż ta, która była wskazana w ogłoszeniu jako maksymalna, będą nieważne. Gdyby z kolei zamawiający zamierzał zawrzeć umowę ramową z czterema wykonawcami, a wykonawca drugi na liście rankingowej odmówił zawarcia umowy, wtedy może zawrzeć umowę ramową także z wykonawcą, który znalazł się na liście rankingowej na piątym miejscu.

6. Umowa ramowa posiada swą własną definicję legalną w art. 124 ust. 2. Zgodnie z tym przepisem jej podstawowym celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą być udzielone w przyszłości. W praktyce warunki te proponuje sam zamawiający, a wykonawcom przypada tylko rola akceptujących proponowane warunki. Koniecznym elementem umowy ramowej powinna być cena. Umowa, w której nie określono ceny, nie byłaby umową ramową w rozumieniu Pzp. Cena ta w okresie ważności umowy nie może się zmieniać na niekorzyść zamawiającego, chyba, że będzie to wynikało np. z klauzul waloryzacyjnych zawartych we wzorze umowy, będącym załącznikiem do specyfikacji. Za rozwiązanie dopuszczalne należy uznać precyzyjne określenie mechanizmu ukształtowania ceny zamiast określenia jej kwotowo. Zgodnie z art. 124 ust. 2 obok ceny należy wskazać przewidywane ilości. Faktycznie udzielone zamówienia mogą w odniesieniu do ilości różnić się od tej, którą wskazano jako przewidywaną. Jednocześnie należy pamiętać o tym, że zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczenia konkurencji.
7. W praktyce dużo więcej warunków niż cena oraz przewidywana ilość powinno być określonych w umowie ramowej. Już na etapie postępowania poprzedzającego podpisanie umowy ramowej należy przesądzić szereg „wrażliwych” klauzul, jak np. dotyczących ewentualnych ograniczeń odpowiedzialności. Nie ma przeszkód, aby umowa ramowa regulowała zagadnienia gwarancji, rozwiązywania ewentualnych konfliktów, relacji z podwykonawcami, poufności, współdziałania stron przy wykonywaniu zamówień, itp. Precyzyjna i kompleksowa regulacja umowy ramowej pozwoli na to, aby prowadzone po jej zawarciu negocjacje bez ogłoszenia lub negocjacje poprzedzające udzielenie zamówienia z wolnej ręki były możliwie krótkie, dzięki wąskiemu zakresowi przedmiotu negocjacji.
8. Umowa ramowa powinna być tak skonstruowana, aby w przypadku potrzeby udzielenia na jej podstawie konkretnego zamówienia, po doprecyzowaniu jego przedmiotowego zakresu było z góry przesądzone (na podstawie umowy ramowej), jakie maksymalne koszty poniesie zamawiający. Doprecyzowanie np. liczby dostarczonych komputerów czy długości trasy w kontekście usługi transportowej powinno z góry przesądzać, jakie będzie wynagrodzenie za zrealizowanie danego zamówienia. Negocjacje mogą dotyczyć np. terminów wykonania danego zamówienia.

Art. 125 [Tryby udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej]

- 1. Jeżeli zamawiający zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą, może udzielić zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową, w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przepisu art. 67 ust. 2 nie stosuje się.**
- 2. Jeżeli zamawiający zawarł umowę ramową z więcej niż jednym wykonawcą, zamówienia udziela się w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową. Przepisu art. 62 ust. 2 nie stosuje się.**

1. Zgodnie z art. 66 zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki po przeprowadzeniu negocjacji. Z natury rzeczy kiedy do negocjacji dochodzi między stronami umowy ramowej, która powinna precyzyjnie regulować relacje między stronami, przedmiot negocjacji będzie stosunkowo wąski. Treść umowy ramowej nie powinna pozwalać na zbyt szeroki przedmiot negocjacji. Negocjacje mogą dotyczyć przedmiotu zamówienia, przy czym istotnym problemem będzie określenie terminu wykonania zamówienia.
2. Jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia wykonawcy z którym jako jedynym zawarł umowę ramową, może on zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki bez konieczności uzyskania wcześniejszej zgody Prezesa Urzędu. Kiedy mowa o tym, że „zamawiający zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą” chodzi o taką sytuację, gdy zawarł on umowę ramową z jednym wykonawcą o określonym zakresie (w odniesieniu do pewnej kategorii usług, dostaw czy też robót budowlanych). Może być tak, że zamawiający zawrze umowę ramową z jednym wykonawcą w zakresie usług serwisu systemu komputerowego, a z innym w zakresie robót remontowych. W każdym przypadku (w zakresie objętym umową ramową) będzie mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki każdemu z nich, bez obowiązku uzyskania wcześniejszej zgody Prezesa UZP.
3. Jeżeli zamawiający zawarł umowę ramową z więcej niż jednym wykonawcą i zaprosił wszystkich wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową do negocjacji, może udzielić zamówienia także i wtedy, gdy zaproszenie do negocjacji przyjął tylko jeden wykonawca i tylko on złożył ofertę. Po zawarciu umowy ramowej zarówno przy zamówieniu udzielonym w trybie z wolnej ręki, jak i w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie jest wymagana zgoda Prezesa Urzędu.
4. Tak, jak zgodnie z art. 124 ust. 1 zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy o przetargu ograniczonym lub negocjacjach z ogłoszeniem, tak przy udzielaniu konkretnych zamówień na podstawie art. 125 ust. 1 lub 2 zamawiający powinien w pełnym zakresie stosować przepisy dotyczące trybu zamówienia z wolnej ręki lub trybu negocjacji bez ogłoszenia (patrz komentarz do tych przepisów). Wyrażone *expressis verbis* wyjątki od tej zasady dotyczą tylko braku wymaganej zgody Prezesa Urzędu.

Art. 126 [Okres obowiązywania umowy ramowej]

1. **Umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 3 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia lub szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres do 5 lat.**
2. **Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji.**

1. Umowy ramowe powinny być zawierane jedynie na czas oznaczony. W każdym przypadku zamawiający może je zawierać na okres do 3 lat, natomiast tylko ze względu na przedmiot zamówienia lub szczególnie interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres do 5 lat. To, na jak długi okres umowa ramowa ma być zawarta powinno wynikać zarówno z treści ogłoszenia o postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, jak i specyfikacji (odpowiednio art. 36 ust. 1 pkt 7, art. 48 ust. 2 pkt 5 i art. 56 ust. 2 pkt 5). Nie jest natomiast konieczne, aby w ogłoszeniach lub specyfikacji wskazywać, na jakiej konkretnej podstawie uznano, że umowa ramowa może być zawarta na okres 5 lat. Z uwagi na kontrolę udzielania zamówień w dokumentacji przetargowej zamawiającego powinno jednak znaleźć się uzasadnienie zawarcia umowy na okres 5 lat.
2. Można mieć wątpliwości co do tego, na jakiej płaszczyźnie zamawiający mógłby wykorzystywać umowę ramową do ograniczenia konkurencji i co w związku z tym jest zakazane. Bez wątplenia sam fakt zawarcia umowy ramowej, do czego dochodzi przecież po przeprowadzeniu konkurencyjnych procedur po ogłoszeniu, nie może być postrzegany jako ograniczenie konkurencji. Ograniczeniem konkurencji byłoby natomiast zawarcie umowy ramowej na okres 5 lat, przy braku lub pozorności istnienia przesłanek, o których mowa w art. 126 ust. 1.

Art. 127 [Tryby udzielania zamówień sektorowych]

1. **Zamówienia sektorowe mogą być udzielane w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Przepisu art. 55 nie stosuje się.**
2. **Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli:**
 - 1) **zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1;**
 - 2) **w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.**
3. **Zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:**
 - 1) **zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1;**
 - 2) **w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym możliwe jest udzielenie zamówienia na szczególnie korzystnych warunkach;**
 - 3) **w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od zwykłych cen rynkowych;**
 - 4) **zamówienie jest dokonywane na giełdzie towarowej, w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych.**

4. Do zamówień sektorowych udzielanych na podstawie ust. 3 pkt 2–4 oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 nie stosuje się przepisu art. 67 ust. 2.

1. Regulacja zawarta w komentowanym artykule jest wyrazem opartego na dyrektywie sektorowej liberalnego podejścia do zamówień sektorowych. W przypadku tych zamówień w każdym przypadku zamawiający ma swobodę wyboru udzielenia zamówienia w jednym z trzech trybów: przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem. Każdy z tych trybów charakteryzuje to, że ma on charakter publiczny, a wszczęcie postępowania wiąże się z ogłoszeniem. Swoboda wyboru polega na tym, że w każdym przypadku każdy z tych trybów może być zastosowany (przy braku istnienia jakichkolwiek przesłanek jego zastosowania). Ma to istotne znaczenie przy udzieleniu zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, bowiem zastosowanie tego trybu w odniesieniu do innych zamówień niż sektorowe, wymaga zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 55 ust. 1.
2. Udzielenie zamówienia sektorowego w trybie negocjacji bez ogłoszenia wymaga spełnienia ustawowych przesłanek, z tym, że ich katalog jest szerszy niż przy udzielaniu zamówień innych niż sektorowe. Przy zamówieniach sektorowych można zastosować ten tryb także wtedy, gdy nie tylko w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione (art. 62 ust. 1 pkt 1), ale także wtedy, gdy stało się tak po przeprowadzeniu postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem.
3. Niezależnie od przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 zamówienia sektorowego można udzielić w trybie z wolnej ręki w przypadku wystąpienia przynajmniej jednej z trzech dodatkowych przesłanek. Pierwsza z nich wymaga zarówno określonej sytuacji po stronie wykonawcy (likwidacja działalności, postępowanie egzekucyjne albo upadłościowe), jak i możliwości udzielenia zamówienia na szczególnie korzystnych warunkach. Przez warunki szczególnie korzystne należy uznać takie, które odbiegają od rynkowych na korzyść zamawiającego. To właśnie szczególnie sytuacja wykonawcy (np. dokonuje wyprzedaży z dużymi upustami aby zamknąć hurtownię) powoduje propozycję cen różniących się od rynkowych. Ani sytuacja, w której wykonawca proponuje bardzo korzystną cenę ale nie posiada wspomnianego statusu, ani sytuacja, w której określony podmiot, mimo likwidacji działalności, postępowania egzekucyjnego albo upadłościowego nie oferuje warunków odbiegających od rynkowych, nie uzasadnia udzielenia zamówienia sektorowego w trybie z wolnej ręki. Kiedy mowa o likwidacji działalności danego podmiotu należy rozumieć przez to likwidację jakiegokolwiek wyodrębnionej działalności przy możliwym zachowaniu bytu prawnego danego podmiotu. Np. spółka, która prowadzi działalność polegającą na handlu i przetwórstwie może zlikwidować działalność polegającą na przetwórstwie, a nadal prowadzić z powodzeniem działalność handlową.

4. „Szczególnie korzystne okoliczności”, o których mowa w ust. 3 pkt 3 nie muszą dotyczyć bezpośrednio szczególnej sytuacji w jakiej znalazł się dany wykonawca. Jakikolwiek szczególnie korzystne okoliczności, jeśli trwają przez bardzo krótki okres, a jednocześnie pozwalają na udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od zwykłych cen rynkowych, uzasadniają udzielenie zamówienia sektorowego z wolnej ręki. Przykładem może być kupno starych komputerów z kilkudziesięcioprocentowym rabatem w związku z wejściem na rynek komputerów nowej generacji.
5. Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy o giełdach towarowych¹ przez giełdę towarową rozumie się „zespół osób, urzędzeń i środków technicznych zapewniający wszystkim uczestnikom obrotu jednakowe warunki zawierania transakcji giełdowych oraz jednakowy dostęp w tym samym czasie do informacji rynkowych, a w szczególności do informacji o kursach i cenach towarów giełdowych oraz o obrotach towarami giełdowymi”.
6. Zamawiający udzielający zamówienia sektorowego z wolnej ręki na podstawie szczególnych przesłanek określonych w rozdziale dotyczącym zamówień sektorowych nie jest zobowiązany do uzyskania wcześniejszej zgody Prezesa UZP. Wiąże się to z tym, że nie tylko w odniesieniu do przesłanki określonej w pkt 3, ale także w odniesieniu do przesłanki określonej w pkt 2 czasokres skorzystania z danej oferty będzie bardzo ograniczony. Z kolei mechanizm giełdowy gwarantuje uzyskanie najkorzystniejszej oferty. Mimo braku obowiązku uzyskania zgody Prezesa UZP jest celowe, aby zamawiający w dokumentacji postępowania określili fakty na podstawie których uznali, że spełnione zostały ustawowe przesłanki udzielenia zamówienia sektorowego z wolnej ręki. Dotyczy to w szczególności porównania proponowanej ceny z innymi cenami rynkowymi, obowiązującymi w czasie podejmowania decyzji o zastosowaniu trybu z wolnej ręki.
7. W odniesieniu do zamówień sektorowych możliwe jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez zgody Prezesa Urzędu wtedy, gdy „ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia” (patrz komentarz do art. 67 ust. 1 pkt 3).

Art. 128 [Okresowe ogłoszenie informacyjne]

- 1. Zamawiający, przynajmniej raz w roku, przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie najbliższych 12 miesięcy zamówieniach sektorowych, których wartość:**

¹ Dz. U. z 2000 r. Nr 103, poz. 1099.

- 1) dla robót budowlanych – przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro;
 - 2) dla dostaw – zsumowana w ramach danej grupy Wspólnego Słownika Zamówień, z uwzględnieniem art. 123, przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro;
 - 3) dla usług – zsumowana w ramach danej kategorii CPC określonej w załączniku nr 3 do Wspólnego Słownika Zamówień, z uwzględnieniem art. 123, przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.
2. Ogłoszenie, o którym mowa w ust. 1, niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich przekazuje się Prezesowi Urzędu.
 3. Do ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1, przepisy art. 12 ust. 3 i art. 43 ust. 4 stosuje się odpowiednio.
 4. Okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych może zawierać zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe. W takim przypadku zamawiający, udzielając zamówienia w trybie przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, może:
 - 1) odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu;
 - 2) skrócić termin składania ofert do 37 dni.
 5. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni, z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty.
 6. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający, za zgodą wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, może ustalić dowolny termin składania ofert.
1. Komentowany artykuł stanowi *lex specialis* w odniesieniu do art. 13. Zamawiający, który udziela zamówień sektorowych i wypełnia w odniesieniu do nich wymogi określone w tym artykule, nie jest zobowiązany do wypełnienia wymogów art. 13. Działając na podstawie art. 128 sam decyduje, kiedy przekaze do publikacji okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie najbliższych 12 miesięcy zamówieniach sektorowych. Jest jednak jednocześnie zobowiązany cyklicznie, przynajmniej raz na 12 miesięcy, przekazywać do publikacji takie ogłoszenie. Oczywiście może je przekazywać częściej, modyfikując zarówno treść wcześniejszego ogłoszenia jak i uzupełniać je o zamówienia planowane na dalsze miesiące.
 2. Regulacja dotycząca okresowych ogłoszeń informacyjnych o planowanych zamówieniach sektorowych jest podobna do regulacji dotyczącej wstępnego ogłoszenia informacyjnego, zawartej w art. 13, w tym sensie, że: a) jedna i druga dotyczy okresu 12-miesięcznego, b) identyczne są progi dla zamówień, które powinny być objęte tymi ogłoszeniami, c) ogłoszenie, niezwłocznie po przeka-

zaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich przekazuje się Prezesowi Urzędu, d) zamawiający jest obowiązany udokumentować dzień przekazania ogłoszenia Prezesowi Urzędu oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w szczególności przechowywać dowód jego nadania (art. 12 ust. 3), e) na podstawie art. 43 ust. 4 może być skrócony termin składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

3. Istotna różnica między okresowym ogłoszeniem informacyjnym a wstępnym ogłoszeniem informacyjnym polega na tym, że tylko to pierwsze może zawierać zaproszenie do ubiegania się o konkretne zamówienie sektorowe. Ogłoszenie takie stanowi substytut ogłoszenia o konkretnym zamówieniu publicznym, a jednocześnie, udzielając zamówienia w trybie przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może skrócić termin składania ofert do 37 dni. Korzyść ta nie ma istotnego znaczenia bowiem zawsze, jakkolwiek z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty zamawiający, udzielając zamówienia w dwóch wskazanych wyżej trybach może określić termin składania ofert nawet jako dziesięciodniowy (ust. 5). Znaczenie praktyczne ma natomiast możliwość skrócenia terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym.
4. Ust. 6 znacząco różni się od wszelkich innych przepisów określających terminy składania ofert tym, że dopuszcza ustalenie przez zamawiającego dowolnego terminu ich składania, jednakże za zgodą wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Brak zgody któregośkolwiek z tych wykonawców na proponowany termin powoduje, że nie może on być traktowany jako wiążący warunek określony przez zamawiającego. Wykonawca nie jest zobowiązany uzasadnić braku zgody. Nie jest wymagana zgoda wykonawców, którzy, jakkolwiek złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przestali być jego uczestnikami, np. wskutek definitywnego wykluczenia ich z postępowania.

Art. 129 [Podmioty powiązane]

1. **Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi udzielanych podmiotom:**
 - 1) z którymi zamawiający sporządzają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości;
 - 2) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
 - 3) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego;

- 4) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego podmiotu
 - 5) jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiągniętych ze świadczenia usług w państwach Unii Europejskiej pochodziło ze świadczenia usług na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–4.
2. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi udzielanych przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności, o której mowa w art. 122 ust. 1, jednemu z tych zamawiających lub podmiotom, o których mowa w ust. 1, jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tego podmiotu osiągniętych ze świadczenia usług w państwach Unii Europejskiej pochodziło ze świadczenia usług na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w ust. 1.
 3. Jeżeli spośród podmiotów, o których mowa w ust. 1, więcej niż jeden podmiot świadczy takie same lub podobne usługi na rzecz zamawiającego, uwzględnia się całkowity przychód wszystkich tych podmiotów.
1. Wyłączenie o którym mowa w komentowanym artykule dotyczy tylko udzielania zamówień sektorowych na usługi. Pzp nie przewiduje żadnych specjalnych reguł w relacjach między zamawiającym a podmiotami z nim powiązanymi wtedy, gdy udzielane jest zamówienie na dostawy lub roboty budowlane (wynika to z dyrektywy sektorowej).
 2. Zgodnie z ustawą o rachunkowości¹ przez konsolidację rozumie się „łączenie sprawozdań finansowych jednostek tworzących grupę kapitałową przez sumowanie odpowiednich pozycji sprawozdań finansowych jednostki dominującej, jednostek zależnych i nie będących spółkami handlowymi jednostek współzależnych, z uwzględnieniem niezbędnych wyłączeń i korekt” (art. 3 ust. 1 pkt 45). Przez „grupę kapitałową” rozumie się „jednostkę dominującą wraz z jednostkami zależnymi i nie będącymi spółkami handlowymi jednostkami współzależnymi” (art. 3 ust. 1 pkt 44). Przez jednostkę dominującą rozumie się „spółkę handlową, sprawującą kontrolę lub współkontrolę nad inną jednostką, a w szczególności: a) posiadającą bezpośrednio lub pośrednio przez udziały większość ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym innej jednostki (zależnej), także na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu, wykonującymi swe prawa głosu zgodnie z wolą jednostki dominującej, lub b) uprawnioną do kierowania polityką finansową i operacyjną innej jednostki (zależnej) w sposób samodzielny lub przez wyznaczone przez siebie osoby lub jednostki na podstawie umowy zawartej z innymi uprawnionymi do głosu, posiadającymi, na podstawie statutu lub umowy spółki, łącznie z jednostką dominującą, większość ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym, lub c) uprawnioną jako udziałowiec do powoływania albo odwoływania większości członków organów zarządzających

¹ Dz. U. z 2002 r. Nr 76., poz. 694.

lub nadzorczych innej jednostki (zależnej), lub d) będącą udziałowcem jednostki, której członkowie zarządu w poprzednim roku obrotowym, w ciągu bieżącego roku obrotowego i do czasu sporządzenia sprawozdania finansowego za bieżący rok obrotowy, stanowią jednocześnie więcej niż połowę składu zarządu tej jednostki (zależnej) lub osoby, które zostały powołane do pełnienia tych funkcji w rezultacie wykonywania przez jednostkę dominującą prawa głosu w organach tej jednostki (zależnej), lub e) będącą udziałowcem lub współnikiem innej jednostki współzależnej nie będącej spółką handlową i sprawującą współkontrolę nad tą jednostką wspólnie z innymi uprawnionymi do głosu” (art. 3 ust. 1 pkt 37). Z kolei przez jednostkę zależną rozumie się „spółkę handlową, która kontrolowana jest przez jednostkę dominującą” (art. 3 ust. 1 pkt 39).

3. W przypadku, gdy kilku zamawiających tworzy odrębny podmiot w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej każdy z zamawiających tworzących ten podmiot może otrzymać zamówienie od tego odrębnego podmiotu pod warunkiem spełnienia wymogów dotyczących przychodów, o których mowa w ust. 2, ale bez konieczności spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1.
4. Jeżeli podmiot powiązany świadczył usługi w Polsce, wtedy bierze się pod uwagę okres 3 lat, a nie okres rozpoczynający się od 1 maja 2004 r., pomimo tego, że dopiero od tej daty Polska stała się członkiem UE. Przyjęcie wykładni wskazującej na to, że okres ten powinien być liczony dopiero od 1 maja 2004 r. byłoby niezgodne z ratio legis tego przepisu oraz z wykładnią celowościową. W praktyce bowiem przepis ten w okresie dwóch miesięcy (marzec, kwiecień 2004) byłby przepisem martwym, co z pewnością nie było intencją ustawodawcy.
5. Niezwykle istotne znaczenie ma określenie relacji unormowań zawartych w ustępach 1 i 3. Należy przyjąć, że ust. 1 znajdzie zastosowanie tylko wtedy, gdy w grupie podmiotów powiązanych na zasadach określonych w tym przepisie wyłącznie jeden z podmiotów świadczyłby zamawiającemu określone usługi, a żaden inny podmiot nie świadczyłby usług takich samych lub podobnych. W takim przypadku bierze się pod uwagę przychód danego podmiotu ze wszystkich usług świadczonych dla zamawiającego lub innych podmiotów z tej samej grupy, a nie tylko przychód z rodzaju usług, które potencjalnie miałyby być przedmiotem zamówienia. W przypadku jednak, gdy określone lub podobne usługi świadczy na rzecz zamawiającego (ale tylko na rzecz zamawiającego, a nie innych podmiotów z grupy) więcej niż jeden podmiot z grupy, wtedy znajduje zastosowanie ust. 3, nie znajduje natomiast zastosowania ust. 1. Jeżeli np. firma A, której potencjalnie miałyby być udzielone zamówienie posiada obrót z zamawiającym ze świadczenia usług na poziomie 70%, a firma B z grupy świadczy na rzecz tego samego zamawiającego takie same usługi lub usługi podobne stanowiące 90% jej obrotów, sumuje się przychody obu spółek ze świadczenia usług (wszystkich) na rzecz zamawiającego. Jeżeli suma obrotów z zamawiającym przekracza 80%, zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów Pzp przy udzielaniu zamówienia firmie A.

6. Komentowany artykuł może znaleźć zastosowanie w stosunku do podmiotów powiązanych, których byt prawny jest krótszy niż 3-letni. Spółki takie powinny brać pod uwagę cały swój okres działalności. Badanie pewnych zjawisk w okresie trzyletnim ma co do zasady wskazać charakter i natężenie pewnych trwałych relacji, natomiast nie było intencją ustawodawcy, aby podmioty, których byt prawny jest krótszy niż 3 lata nie mogły stosować tego przepisu.
7. W kontekście ust. 3 wyjaśnienia wymaga jakie usługi mogą być potraktowane jako „podobne”. Nie budzi wątpliwości, że „usługami podobnymi” będą usługi należące do tej samej kategorii określonej w CPV. Nie oznacza to jednak, że tylko przynależność do tej samej kategorii uzasadnia zakwalifikowanie danych usług jako podobnych. CPV nie wyróżnia np. kategorii wśród usług hotelarskich. Najniższą jednostką klasyfikacji jest w przypadku tych usług klasa. Można zatem niekiedy mówić o podobieństwie usług wchodzących w skład różnych klas tego samego działu. Ponadto nie tylko CPV może być punktem odniesienia przy kwalifikowaniu usług jako podobnych. Podobieństwo usług może wynikać np. z faktu, że są one świadczone na podstawie tych samych uprawnień albo do ich wykonania niezbędne są takie same kwalifikacje lub urządzenia. Podobieństwo to może być oparte i o to, że określone usługi służą temu samemu celowi gospodarczemu, a jednocześnie wykonywane są w podobny sposób. Wydaje się że zawsze wymaga to indywidualnej oceny.

Art. 130 [Wyłączenia]

1. **Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 3, nie stosują ustawy również do udzielania zamówień na:**
 - 1) **usługi przesyłowe energii elektrycznej, ciepła i paliw gazowych;**
 - 2) **dostawy energii elektrycznej, cieplnej i paliw gazowych;**
 - 3) **dostawy paliw do wytwarzania energii.**
 2. **Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 4, nie stosują ustawy również do udzielania zamówień na dostawy wody.**
 3. **Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 6, nie stosują ustawy, jeżeli przewozy regularne są świadczone także przez innego przewoźnika na tym samym obszarze i tych samych warunkach.**
 4. **Zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 7, nie stosują ustawy, jeżeli te same usługi są świadczone także przez innego operatora na tym samym obszarze geograficznym i tych samych warunkach.**
1. Niezależnie od szerokiego katalogu wyłączeń przedmiotowych określonego w art. 4, komentowany artykuł zawiera szereg kolejnych wyłączeń przedmiotowych, dotyczących jednak tylko zamówień sektorowych. Ustawa Prawo energetyczne¹ przewiduje, że sieciowe przedsiębiorstwa energetyczne z reguły nie mo-

¹ Dz. U. z 2003r. Nr 153., poz. 1504, tekst jednolity z późn. zm.

gą odmówić świadczenia usług przesyłowych energii elektrycznej, ciepła i paliw gazowych. Podobne regulacje dotyczą też dostaw energii elektrycznej, ciepłej i paliw gazowych.

2. Powyższe wyłączenia przedmiotowe dotyczące dostaw jak i to, o którym mowa w ust. 2 zostały wprowadzone ze względu na ochronę środowiska; mogą umożliwić zamawiającemu zakup dóbr z lokalnych źródeł, które nie zawsze są najtańsze¹. Często też względy techniczne i geograficzne, np. budowy dużych elektrowni na węgiel brunatny w pobliżu złóż tego węgla powodują, że organizowanie przez takie elektrownie przetargów na dostawy paliw do wytwarzania energii byłoby niezasadne.
3. Jeżeli zamawiający, który prowadzi działalność, o której mowa w art. 122 ust. 1 pkt 6 nie działa sam na określonym rynku, bowiem przewozy regularnie są świadczone także przez przynajmniej jednego innego przewoźnika na tym samym obszarze i na tych samych warunkach, nie jest zobowiązany do stosowania Pzp. Przez ten sam obszar można np. rozumieć region, w którym świadczone są usługi przewoźników regionalnych. Pojęcie „te same warunki” należy badać w kontekście regulacyjnym oraz poprzez porównanie warunków dostępu do tych usług przez odbiorców. Użycie przez ustawodawcę pojęcia w liczbie mnogiej wskazuje, że dotyczy ono całokształtu warunków świadczenia usług i nie może być zawężane do jednego aspektu np. do cen usług świadczonych przez przewoźników.
4. Zwolnienie od stosowania przepisów Pzp zamawiających, którzy udostępniają lub obsługują publiczną sieć telekomunikacyjną albo świadczą usługi telekomunikacyjne za pomocą takiej sieci uzależnione jest od występowania łącznie następujących przesłanek: te same usługi muszą być świadczone przez innego operatora, na tym samym obszarze geograficznym i na tych samych warunkach. Pojęcie „te same usługi” oznacza, że na danym rynku geograficznym musi działać przynajmniej dwóch operatorów o takim samym zakresie działania. Istotne jest jednak, aby obok operatora świadczącego np. usługę telefoniczną w jednej strefie numeracyjnej występował inny operator również świadczący tę usługę. Nie jest natomiast już istotne, czy zakres usług tego innego operatora jest ograniczony wyłącznie do takiej usługi, czy świadczy on szerszy zakres usług, np. usługę międzystrefową lub międzynarodową. Za „obszar geograficzny” należy uznać obszar faktycznego działania operatora. Może być nim np. jedna strefa numeracyjna. Jeśli natomiast operator świadczy usługę międzystrefową, obszarem geograficznym jego działania będzie obszar stref numeracyjnych, pomiędzy którymi świadczone są usługi. Wymóg świadczenia usług „na tych samych warunkach” nie oznacza, że operatorzy mają stosować ceny za poszczególne usługi w takiej samej wysokości. Usługi telekomunikacyjne są świadczone na tych samych wa-

¹ Tak A. Sołtyśńska, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Sektor użyteczności publicznej. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2000, s. 34.

runkach, jeżeli operatorzy świadczą je na podstawie umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych w rozumieniu przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne. Szczególnym przykładem usługi telekomunikacyjnej świadczonej „na tych samych warunkach” jest tzw. usługa powszechna, której warunki świadczenia zostały szczegółowo uregulowane przepisami Prawa telekomunikacyjnego.

Art. 131 [Komisja przetargowa]

- 1. Udzielając zamówienia sektorowego kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej.**
 - 2. Odstępując od powołania komisji przetargowej kierownik zamawiającego określa sposób prowadzenia postępowania zapewniający sprawność udzielania zamówień, indywidualizację odpowiedzialności za wykonywane czynności oraz przejrzystość prac, a także odpowiednie stosowanie art. 178 ust. 1.**
1. Przepis komentowanego artykułu stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 19. Przy udzielaniu zamówień sektorowych ustawodawca pozostawia kierownikowi zamawiającego swobodny wybór co do tego, czy powoła on komisję przetargową, czy też nie. Powstaje pytanie, czy w sytuacji udzielania zamówienia sektorowego i powołania przez kierownika zamawiającego komisji przetargowej znajdują zastosowanie art. 20 i 21. Można twierdzić, że skoro ustawodawca dopuszcza możliwość niepowołania komisji przetargowej przez kierownika zamawiającego akceptuje też, że powołując ją kierownik zamawiającego sam, według swego uznania określi jej rolę i zadania. Teza taka nie jest jednak właściwa. W przypadku, gdy kierownik zamawiającego odstępuje od powołania komisji przetargowej powinien wypełnić dyspozycje określone w ust. 2. Jeśli kierownik zamawiającego powoła komisję przetargową, nie wiąże go przepis tego ustępu. W takiej sytuacji znajdują jednak zastosowanie przepisy art. 20 i 21.
 2. Jeżeli kierownik zamawiającego odstąpi od powołania komisji przetargowej powinien określić pewne minimum zasad prowadzenia postępowania w zakresie, o którym mowa w ust. 2. Zasady te będą wiązały osoby powołane do przeprowadzenia postępowania. Mogą być one określone indywidualnie dla każdego postępowania, mogą też być ujęte w dokumencie (regulaminie, instrukcji, zarządzeniu itp.), który będzie stosowany przy udzielaniu wielu zamówień.
 3. Kierownik zamawiającego, określając sposób prowadzenia postępowania powinien zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także to, że czynności związane z przeprowadzeniem postępowania będą wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (art. 7). Nie mogą być naruszone również inne zasady określone w Pzp, jak jawność i pisemność. W postępowaniach o wartości, o której mowa w art. 177, kierownik zamawiającego powinien zapewnić możliwość udziału obserwatora przy prowadzonych czynnościach od momentu otwarcia ofert.

Art. 132 [Potwierdzenie spełniania warunków, preferencje unijne]

1. Zamawiający może:

- 1) żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 26 ust. 4, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków;
- 2) w przypadku zamówienia na dostawy odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%.
2. Zamawiający w celu badania i oceny ofert dokonuje przeliczenia ceny oferty niepodlegającej odrzuceniu na podstawie ust. 1 pkt 2, odejmując od ceny przedstawionej w ofercie 3% ceny oferty.
3. Zamawiający może odstąpić od obowiązku żądania wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

1. Działając na podstawie art. 26 ust. 4 Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich zamawiający może żądać od wykonawców¹. Co do zasady zamawiający nie może żądać innych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu, niż określone w tym rozporządzeniu. Innych dokumentów można żądać tylko w procedurach udzielenia zamówień sektorowych, jednak pod warunkiem, że jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Każdy wykonawca uznając, że żądany przez zamawiającego dokument nie jest niezbędny dla oceny spełnienia warunków, może złożyć protest.
2. Zamawiający nie jest zobowiązany do różnej oceny ofert na dostawy ze względu na to, skąd pochodzą towary. Jeżeli jednak zgodnie z ust. 1 pkt 2 chciałby odrzucić ofertę w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50%, powinien zawrzeć stosowny warunek w specyfikacji. Powinien jednocześnie żądać przedłożenia takich oświadczeń i dokumentów które pozwolą ocenić, czy warunek ten został spełniony. Jeżeli zamawiający postawi taki warunek jest zobowiązany odrzucić wszystkie oferty, które go nie spełniają. Określenie „zamawiający może” o którym mowa w ust. 1 dotyczy fakultatywności co do postawienia warunku, natomiast jeżeli zostanie on postawiony, zamawiający obligatoryjnie powinien odrzucić wszystkie oferty, które go nie spełniają.
3. Istotne wątpliwości budzi redakcja ust. 2. Jeżeli bowiem zamawiający na podstawie tego przepisu postawił wykonawcom określony warunek i odrzucił ofertę

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645.

tych, którzy go nie spełnili, dokonanie operacji przeliczenia nie będzie miało żadnego praktycznego znaczenia. Z punktu widzenia oceny ofert obniżenie wszystkich cen ofert nie podlegających odrzuceniu o 3% będzie miało charakter neutralny. Wykładnia taka, aczkolwiek wynika z zasad wykładni językowej nie ma sensu, należy zatem dokonać wykładni funkcjonalnej komentowanego artykułu. Prowadzi ona do stwierdzenia, że zamawiający albo stawia warunek, o którym mowa w 1 pkt 2, albo nie stawiając takiego warunku dokonuje obligatoryjnie przeliczenia o którym mowa w ust. 2.

4. W każdym przypadku zamawiający udzielając zamówienia sektorowego może odstąpić od obowiązku żądania wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W sytuacji, gdy niezależnie od braku obowiązku żądania wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy pragnie z tych instrumentów skorzystać, jest zobowiązany stosować przewidziane w ustawie przepisy o wadium i zabezpieczeniach. Należy przyjąć, że zwolnienie z konkretnego obowiązku (o którym np. mowa w art. 45 ust. 1) nie zwalnia zamawiającego ze stosowania innych przepisów Pzp. Przepisy o wadium i zabezpieczeniach z jednej strony chronią zamawiającego (obowiązek wnoszenia wadium i zabezpieczeń przy przetargach o większej wartości), z drugiej strony chronią wykonawców (to oni wśród określonego w przepisach katalogu wybierają formę wadium i zabezpieczenia). Tak więc np. jeżeli zamawiający, udzielając zamówienia sektorowego zażąda wadium choć nie jest do tego zobowiązany, będzie musiał respektować prawo wyboru przez wykonawcę jego formy.

Art. 133 [Koncyliacja]

1. **Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego, których interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy lub prawa Unii Europejskiej dotyczącego zamówień publicznych, mogą wnioskować do Komisji Europejskiej o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego, polegającego na rozpatrzeniu wniosku przez rozjemców akredytowanych przy Komisji Europejskiej.**
2. **Wniosek o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego wnosi się na piśmie do Komisji Europejskiej za pośrednictwem Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu wniosek o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego przekazuje niezwłocznie Komisji Europejskiej.**
1. Komentowany przepis dotyczy postępowania koncyliacyjnego szeroko uregulowanego w rozdziale czwartym Dyrektywy Rady z dnia 25 lutego 1992 r. dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w zakresie procedur udzielenia zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji. Przepisy te szczegółowo opisują tryb działania po złożeniu wniosku o którym mowa w komentowanym artykule. Z kolei przepisy Pzp nie

zawierają norm określających skutki złożenia wniosku o postępowanie koncyliacyjne w kontekście prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Art. 10 Dyrektywy o której mowa wyżej stanowi, że: „Jeżeli spór dotyczy właściwego stosowania prawa Wspólnoty, Komisja winna skierować zapytanie do zamawiającego, czy życzy on sobie wziąć udział w postępowaniu koncyliacyjnym. Jeżeli zamawiający odmawia wzięcia udziału, Komisja informuje podmiot, który wystąpił z wnioskiem, że postępowania nie można rozpocząć. Jeżeli zamawiający wyraża zgodę, stosuje się ust. 2–7. Komisja proponuje, tak szybko jak to możliwe, prowadzącego postępowanie koncyliacyjne z listy akredytowanych dla tego celu niezależnych osób. Lista ta sporządzana jest przez Komisję po przeprowadzeniu konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Zamówień Publicznych lub, w przypadku zamawiających, których działalność opisana jest w art. 2 ust. 2 lit. d) dyrektywy 90/531/EWG, po przeprowadzeniu konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Zamówień w Sektorze Telekomunikacji. Każda strona postępowania koncyliacyjnego musi oświadczyć, czy akceptuje rozjemcę oraz wyznaczyć dodatkowego rozjemcę. Rozjemcy mogą zaprosić nie więcej niż dwie dodatkowe osoby jako ekspertów doradzających w ich pracy. Strony postępowania koncyliacyjnego i Komisja mogą odrzucić kandydaturę każdego eksperta zaproszonego przez rozjemców. Rozjemcy umożliwią podmiotowi wnioskującemu o zastosowanie postępowania koncyliacyjnego, zamawiającemu oraz każdemu innemu kandydatowi lub oferentowi, uczestniczącemu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, składanie oświadczeń w sprawie – ustnie lub na piśmie. Rozjemcy dołożą wszelkich starań, w celu jak najszybszego osiągnięcia porozumienia między stronami, zgodnego z prawem Wspólnoty. Rozjemcy składają raport Komisji na temat dokonanego przez siebie rozpoznania i osiągniętych wyników. Podmiot występujący z wnioskiem o zastosowanie postępowania koncyliacyjnego, oraz zamawiający, mają prawo przerwać postępowanie w każdym czasie. Jeżeli strony nie zdecydują inaczej, podmiot występujący o zastosowanie postępowania koncyliacyjnego oraz zamawiający sami pokrywają swoje koszty. Ponadto, każde z nich ma obowiązek ponieść połowę kosztów postępowania, z wyjątkiem kosztów stron, które przystąpiły do postępowania.”
3. Brak szczegółowych przepisów określających skutki złożenia wniosku o postępowanie koncyliacyjne powoduje, że złożenie takiego wniosku nie będzie miało wpływu na bieg terminów wszczętych procedur o udzielenie zamówienia, w pełni też będą mogły być stosowane przepisy dotyczące środków ochrony prawnej.

Art. 134 [Atestacja]

1. **Zamawiający mogą poddać swoje procedury związane z udzielaniem zamówień okresowemu badaniu w celu uzyskania świadectwa, że w danym czasie procedury te są zgodne z ustawą oraz prawem Unii Europejskiej dotyczącym udzielania zamówień.**

2. Prezes Urzędu opracowuje i upowszechnia zasady przeprowadzania badania oraz prowadzi listę podmiotów uprawnionych do przeprowadzania badania, o którym mowa w ust. 1, z zachowaniem wymagań określonych w normie PN EN 45503 (Ocena i atestacja procedur udzielania zamówień w jednostkach działających w sektorach gospodarki wodnej, energii, transportu i telekomunikacji).
3. Podmiot dokonujący badania nie może pozostawać z zamawiającym w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.
4. Podmiot dokonujący badania, po jego przeprowadzeniu, przedstawia zamawiającemu pisemne sprawozdanie z wyników.
5. Przed przyznaniem świadectwa podmiot dokonujący badania jest obowiązany upewnić się, czy nieprawidłowości stwierdzone podczas badania zostały naprawione oraz że zostały podjęte działania zapobiegające powstawaniu nieprawidłowości w przyszłości.
6. Zamawiający, którzy uzyskali świadectwo, o którym mowa w ust. 1, do ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz Biuletynie Zamówień Publicznych mogą dołączyć informację w brzmieniu: „Zamawiający uzyskał atestację zgodnie z dyrektywą Rady 92/13/EWG, że w dniu (...) jego procedury i praktyki związane z udzielaniem zamówień były zgodne z prawem Wspólnoty oraz przepisami wprowadzającymi to prawo”.
7. Zamawiający, którzy uzyskali świadectwo, o którym mowa w ust. 1, przez okres 3 lat od jego przyznania nie są obowiązani do stosowania przepisów art. 40 ust. 4, art. 167 ust. 2 i 3, art. 177 i 178.

1. Komentowany artykuł wprowadza do polskiego systemu zamówień publicznych instytucję atestacji, o której mowa w rozdziale drugim Dyrektywy Rady z dnia 25 lutego 1992 r. dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania przepisów wspólnotowych w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.
2. Poddanie przez zamawiających badaniom prowadzonych przez nich procedur udzielania zamówień w celu uzyskania świadectwa, że w danym czasie procedury te są zgodne z Pzp oraz prawem UE dotyczącym udzielenia zamówień, nie jest obowiązkowe. Jednakże z pewnością grupa zamawiających, która udziela zamówień dla robót budowlanych przekraczających wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro lub dla usług czy dostaw kwotę 5 000 000 euro będzie zainteresowana uzyskaniem takiego świadectwa. Stanie się tak ze względu na treść ust. 7. W praktyce uzyskanie świadectwa, o którym mowa w tym przepisie może, w postępowaniach dotyczących zamówień o najwyższej wartości, skrócić czas trwania procedur, chociażby z uwagi na brak zastosowania przepisów o kontroli uprzedniej.
3. Norma PN EN 45503 definiuje wiele istotnych pojęć, m.in. takich jak „akredytacja”, „jednostka akredytująca”, „atestacja”, „jednostka atestacyjna”, „atestatator”.

Jednostką akredytującą, czyli organem państwowym wyznaczonym przez państwo w celu akredytowania atestatorów i jednostek atestujących jest Prezes Urzędu. Norma szczegółowo reguluje kryteria akredytacji atestatorów i jednostek atestujących, zagadnienia cofnięcia akredytacji, atestacji procedur i sposobów postępowania jednostek zamawiających oraz ochrony informacji.

4. Opracowane przez Prezesa Urzędu zasady przeprowadzania badania przewidują, że podmiot prowadzący badanie w porozumieniu z zamawiającym przygotowuje „Program badania” i określa jego minimalny zakres. Po zakończeniu badania podmiot prowadzący badanie sporządza „Sprawozdanie wstępne” do którego zamawiający, w terminie 7 dni od otrzymania sprawozdania, może zgłaszać zastrzeżenia. Jeżeli badający zgadza się z zastrzeżeniami może je uwzględnić i w tym zakresie zmienić swoją wcześniejszą ocenę, albo podtrzymać ocenę zawartą w sprawozdaniu wstępnym. W przypadku braku stwierdzenia w „Sprawozdaniu wstępnym” nieprawidłowości podmiot prowadzący badanie sporządza „Sprawozdanie z badania”. W przypadku, gdy wynika z niego, że działania zamawiającego nie budzą zastrzeżeń, lub, że stwierdzone w „Sprawozdaniu wstępnym” nieprawidłowości zostały usunięte oraz podjęto działania zapobiegające ich powstaniu w przyszłości, podmiot dokonujący badania przyznaje zamawiającemu świadectwo, o którym mowa w ust. 1.
5. Odmowa przyznania świadectwa ma miejsce wtedy, gdy stwierdzono naruszenie skutkujące nieważnością umowy oraz wtedy, gdy ze sprawozdania z badania wynika, że zamawiający w wyznaczonym terminie nie usunął wskazanych nieprawidłowości lub nie podjął właściwych działań zapobiegających nieprawidłowościom w przyszłości. W obu przypadkach zamawiający może poddać się ponownemu badaniu po upływie 2 lat od daty doręczenia pisma informującego o odmowie przyznania świadectwa.
6. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych opracował „Procedurę akredytacji podmiotów uprawnionych do prowadzenia badania zamawiających udzielających zamówień sektorowych”. Zgodnie z tą procedurą Prezes Urzędu będzie przeprowadzał co trzy lata egzamin sprawdzający przygotowanie do prowadzenia badania. W procedurze określone są szczegółowo wszystkie warunki wpisu na listę, a także okoliczności powodujące skreślenie z listy.

Art. 135 [Podmioty działające na rynku konkurencyjnym]

1. Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:

- 1) organy właściwe do stwierdzania, że podmioty prowadzące działalność, o której mowa w art. 122, działają na rynku konkurencyjnym albo nie prowadzą działalności na podstawie praw szczególnych lub wyjątecznych;**
- 2) tryb postępowania przed organami, o których mowa w pkt 1**

- mając na względzie możliwość wnioskowania do Komisji Europejskiej o wyłączenie stosowania przez te podmioty przepisów o zamówieniach publicznych.
2. **Podmioty, które zgodnie z opublikowaną decyzją Komisji Europejskiej działają na rynku konkurencyjnym albo nie prowadzą działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych, nie stosują przepisów ustawy.**
1. Rada Ministrów dotychczas nie wydała rozporządzenia, o którym mowa w komentowanym artykule. Materia do której się odnosi związana jest z pkt 13 Preambuły dyrektywy sektorowej, który stanowi: „niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do działalności podmiotów działających poza sektorem gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji ani do podmiotów należących do tych sektorów, jednakże działających w warunkach bezpośredniej konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony.”
 2. Nowa dyrektywa sektorowa reguluje stosunkowo szeroko reguły i procedury weryfikacji tego, czy zamawiający działają na rynku konkurencyjnym albo nie prowadzą działalności na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Należy oczekiwać, że materia ta znajdzie odzwierciedlenie w nowelizacji Pzp, której celem będzie implementacja nowych dyrektyw do polskiego prawa.
 3. Sama treść pkt 13 Preambuły dyrektywy sektorowej nie stanowi podstawy do tego, aby podmioty działające na rynku konkurencyjnym mogły same uznać, że nie są zobowiązane do stosowania przepisów Pzp. Nie może stać się tak i wtedy, gdy określony organ regulacyjny np. Prezes Urzędu Energetyki uznałby, że dany podmiot czy grupa podmiotów (np. wytwórcy energii) działa na rynku konkurencyjnym.

Rozdział 4

Postępowania na zasadach szczególnych

Art. 136 [Możliwość stosowania]

1. **Na zasadach szczególnych mogą być prowadzone postępowania o zamówienia udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej, jeżeli w chwili ich udzielania w państwie przyjmującym, niebędącym państwem członkowskim Unii Europejskiej, w którym będzie udzielane i wykonywane zamówienie, występują szczególne warunki ekonomiczne uzasadniające udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów niniejszego rozdziału.**
2. **Na zasadach szczególnych mogą być prowadzone postępowania o zamówienia udzielane w celu zapobieżenia bezpośrednim skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej w rozumieniu przepisów o stanie klęski żywiołowej.**

1. W uzasadnionych, wymienionych w ustawie sytuacjach, ustawodawca dopuszcza odstępstwa od stosowania wskazanych przepisów Pzp. Odstępstwa te wynikają ze szczególnych warunków i okoliczności, w których jest udzielane zamówienie. Zakres odstępstw we wspomnianych sytuacjach jest różny. Nie oznacza to, iż udzielając zamówienia na zasadach szczególnych zamawiający może działać w sposób dowolny i bez przestrzegania jakichkolwiek reguł. Możliwość odstąpienia od stosowania niektórych przepisów ustawy nie zwalnia go, w konkretnych okolicznościach, z przestrzegania w najszerszym możliwym zakresie zasad udzielania zamówień. Zawsze więc niezbędne jest respektowanie w pełni zasady pisemności. Zasadą, która musi być uwzględniana pozostaje również przestrzeganie reguł uczciwej konkurencji, a ograniczenia w jej stosowaniu, podobnie jak w przypadku równości traktowania wykonawców oraz jawności, są dopuszczalne tylko o tyle, o ile są wynikiem niestosowania przepisów wyłączonych przepisami omawianego rozdziału.
2. Na zasadach szczególnych, o których mowa w ust. 1 mogą być prowadzone wyłączenie postępowania o udzielenie zamówienia, w których zamawiającym jest placówka zagraniczna. Zgodnie z przepisami ustawy o służbie zagranicznej¹ „placówką zagraniczną jest: przedstawicielstwo dyplomatyczne, stałe przedstawicielstwo przy organizacji międzynarodowej, urząd konsularny, instytut polski lub inną placówkę podległą ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych, mającą siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej”. Zamówienie musi być zarówno udzielane jak i wykonywane w tym samym kraju, a kraj ten nie może być członkiem Unii Europejskiej. Przeprowadzenia postępowania na zasadach szczególnych zamawiający posiadający status placówki zagranicznej nie może na podstawie art. 15 ust. 2 powierzyć osobie trzeciej działającej poza krajem, w którym będzie udzielane zamówienie. W takiej sytuacji nie zachodziłaby bowiem przesłanka zastosowania zasad szczególnych ze względu na szczególne warunki ekonomiczne panujące w państwie przyjmującym, które uzasadniają skorzystanie z zasad szczególnych. Przepis nie ma zastosowania do zamówień udzielanych poza obszarem Unii Europejskiej przez inne podmioty niż placówki zagraniczne w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej. Przepis nie ma również zastosowania do zamówień udzielanych i wykonywanych w jakimkolwiek kraju Unii Europejskiej. Oznacza to, że polskie placówki zagraniczne w UE stosują w pełni ustawę do wszelkich zamówień, których udzielają.
3. Ograniczenie stosowania przepisów ustawy zostało wyraźnie uzależnione od warunków ekonomicznych panujących w kraju udzielenia zamówienia. Warunki te muszą w sposób istotny utrudniać lub uniemożliwiać przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia na ogólnych zasadach. Przyczyną może być w szczególności ograniczenie konkurencyjności rynku w kraju przyjmującym, ale także inne okoliczności jak np.: stosowanie norm niezgodnych z normami

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 128, poz. 1403.

polskimi lub europejskimi lub wynikający z niskiego poziomu rozwoju kraju brak możliwości technicznych przesłania lub publikacji ogłoszeń.

4. Postępowanie na zasadach szczególnych o których mowa w ust. 2 może być prowadzone przez każdego zamawiającego, jeśli celem udzielenia zamówienia jest zapobieżenie bezpośrednim skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej w rozumieniu przepisów o stanie klęski żywiołowej. Klęską żywiołową w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o stanie klęski żywiołowej¹ jest katastrofa naturalna lub awaria techniczna, których skutki zagrażają życiu lub zdrowiu dużej liczby osób, mieniu w wielkich rozmiarach albo środowisku na znacznych obszarach, a pomoc i ochrona mogą być skutecznie podjęte tylko przy zastosowaniu nadzwyczajnych środków, we współdziałaniu różnych organów i instytucji oraz specjalistycznych służb i formacji działających pod jednolitym kierownictwem.
5. Jednocześnie przywoływana wcześniej ustawa definiuje pojęcia katastrofy naturalnej i awarii technicznej. Definicje te należy przyjąć do oceny przesłanek wszczynania postępowań na zasadach szczególnych. „Katastrofą naturalną jest zdarzenie związane z działaniem sił natury, w szczególności wyładowania atmosferyczne, wstrząsy sejsmiczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, długotrwałe występowanie ekstremalnych temperatur, osuwiska ziemi, pożary, susze, powodzie, zjawiska lodowe na rzekach i morzu oraz jeziorach i zbiornikach wodnych, masowe występowanie szkodników, chorób roślin lub zwierząt albo chorób zakaźnych ludzi albo też działanie innego żywiołu” – art. 3 ust. 1 pkt 2 cytowanej ustawy. Awarią techniczną jest gwałtowne, nieprzewidziane uszkodzenie lub zniszczenie obiektu budowlanego, urządzenia technicznego lub systemu urządzeń technicznych powodujące przerwę w ich używaniu lub utratę ich właściwości – art. 3 ust. 1 pkt 3 cytowanej ustawy. Katastrofą naturalną lub awarią techniczną może być również zdarzenie wywołane działaniem terrorystycznym – art. 3 ust. 2 cytowanej ustawy.
6. Dla przeprowadzania postępowania na zasadach o których mowa w przepisie nie jest niezbędne ogłoszenie stanu klęski żywiołowej, lecz wyłącznie wystąpienie katastrofy lub awarii noszącej znamiona takiej klęski. Przesłanką podjęcia decyzji o przeprowadzeniu postępowania na zasadach szczególnych jest cel, któremu ma służyć realizacja zamówienia. Aby zamówienie mogło być zrealizowane cel ten musi być realny i ziścić się.
7. Postępowanie na zasadach szczególnych może być przeprowadzone zarówno po wystąpieniu katastrofy lub awarii technicznej jak i zanim będą one miały miejsce, jeśli ich wystąpienie jest nieuchronne. Zapobieżenie bezpośrednim skutkom klęski żywiołowej powinno być więc rozumiane zarówno jako działania prewen-

¹ Dz. U. z 2002 r. Nr 62, poz. 558 z późn. zm.

cyjne, podejmowane w obliczu niemożliwego do przewidzenia z odpowiednim wyprzedzeniem zjawiska, jak i działania zapobiegawcze stanowiące reakcję na bezpośrednie skutki klęski, zmierzające do ograniczenia ich konsekwencji. Nie stanowi w żadnym razie przesłanki do przeprowadzenia postępowania na zasadach szczególnych podejmowanie systematycznych i długofalowych działań zmierzających do odtworzenia stanu sprzed wystąpienia klęski żywiołowej

Art. 137 [Zamówienia poza UE]

- 1. W postępowaniu prowadzonym na zasadach szczególnych, o którym mowa w art. 136 ust. 1:**
 - 1) zamawiający może odstąpić od obowiązku określenia przedmiotu zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 29 ust. 3;**
 - 2) nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących obowiązku publikacji ogłoszeń, a zamawiający zaprasza wykonawców do udziału w postępowaniu, przekazując im specyfikację istotnych warunków zamówienia;**
 - 3) zamawiający może udzielić zamówienia niezależnie od wystąpienia ustawowych przesłanek wyboru trybu udzielenia zamówienia;**
 - 4) nie stosuje się przepisów o zatwierdzeniu przez Prezesa Urzędu wyboru trybu udzielenia zamówienia;**
 - 5) nie stosuje się przepisów art. 167 ust. 2 i 3 oraz art. 177 i 178;**
 - 6) nie przysługuje odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.**
- 2. O wszczęciu postępowania na zasadach szczególnych, o którym mowa w art. 136 ust. 1, rozstrzyga minister właściwy do spraw zagranicznych na podstawie pisemnego wniosku zamawiającego, zawierającego:**
 - 1) opis przedmiotu zamówienia i jego wartość;**
 - 2) informację o przyczynach określenia przedmiotu zamówienia w sposób inny niż określony w art. 29 ust. 3;**
 - 3) uzasadnienie udzielenia zamówienia na zasadach szczególnych;**
 - 4) określenie trybu udzielenia zamówienia, z uzasadnieniem wyboru tego trybu.**
1. Zakres odstępstw od stosowania ustawy w postępowaniach prowadzonych przez placówkę zagraniczną w państwie, niebędącym członkiem UE może być zróżnicowany i jest uzależniony od decyzji właściwego organu. Decyzja ta nie zawsze jednak może mieć całkowicie uznaniowy charakter. Jeśli odstępstwo zostało w ustawie określone jako możliwość, nie zaś jako obowiązkowa konsekwencja decyzji o przeprowadzeniu postępowania na zasadach szczególnych, aby skorzystać z niego niezbędne jest uzasadnienie wynikające z warunków panujących w państwie przyjmującym (por. art. 136 ust. 1).
2. Zamawiający może (nie jest do tego zobowiązany) odstąpić od określenia przedmiotu zamówienia w sposób wynikający z ustawy. Odstępstwo to powinno być

stosowane wówczas, jeśli określenie przedmiotu zamówienia bez wskazywania na jego pochodzenie lub producenta w warunkach panujących w kraju przyjmującym utrudniałoby lub uniemożliwiło udzielenie zamówienia. Analogiczną analizą warunków w kraju udzielania zamówienia powinna być poprzedzona decyzja o wyborze trybu udzielania zamówienia. Odstąpienie od prymatu trybu przetargu nieograniczonego i ograniczonego nie oznacza bowiem, że zamawiający może nie respektować przepisu art. 28 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, zobowiązującego do oszczędnego i celowego dokonywania wydatków ze środków publicznych. Wybrany tryb udzielenia zamówienia powinien najpóźniej w danych okolicznościach realizować ten wymóg. Nie wymaga jednak zatwierdzenia przez Prezesa Urzędu niezależnie od wartości zamówienia.

3. Na podstawie ust. 1 nie mają zastosowania przepisy dotyczące obowiązku publikacji ogłoszeń. W ich miejsce, niezależnie od trybu udzielania zamówienia, zamawiający zaprasza wykonawców do udziału w postępowaniu. Zaproszenie to nie musi mieć żadnej szczególnej formy, gdyż za takie uważane jest już przekazanie SIWZ.
4. Postępowania prowadzone na zasadach szczególnych z mocy ustawy nie są objęte stosowaniem instrumentów kontrolnych. Nie dotyczą ich przepisy o kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa Urzędu, a w pracach komisji przetargowej nie uczestniczy obserwator. Nie ma zastosowania również szczególna forma kontroli prawidłowości działania zamawiającego, jaką stanowi odwołanie. Ograniczenie uprawnień kontrolnych Prezesa Urzędu oraz praw wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej zostało zrekompensowane ograniczeniem samodzielności zamawiającego do rozstrzygnięcia o prowadzeniu postępowania na zasadach szczególnych. Kompetencje w tym zakresie należą do ministra właściwego do spraw zagranicznych i stanowią formę oceny zaistnienia sytuacji dopuszczającej zastosowanie zasad szczególnych postępowania. Ocena ta jest dokonywana na podstawie pisemnego wniosku zamawiającego. Wniosek zawiera informacje o przedmiocie i wartości zamówienia, proponowany tryb jego udzielenia oraz informację, czy zamawiający zamierza odstąpić od określenia przedmiotu zamówienia w sposób wynikający z art. 29 ust. 3. Niezbędne jest również odrębne uzasadnienie każdego z proponowanych odstępstw, a także całościowe uzasadnienie wyboru zasad szczególnych do udzielenia zamówienia. Mimo brzmienia przepisu sugerującego, iż wniosek musi zawierać wszystkie wspomniane elementy zamawiający może odstąpić od przedstawiania uzasadnienia tych proponowanych czynności, przy których nie zamierza odstępować od przepisów ustawy. Brak uzasadnienia wyboru trybu przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, albo brak informacji o przyczynach określenia przedmiotu zamówienia w sposób inny niż przewiduje ustawa nie może tym samym stanowić podstawy do uznania wniosku za niespełniający wymogów Pzp, jeśli zamawiający zamierza określić go zgodnie z jej wymogami.

Art. 138 [Usuwanie skutków klęsk i katastrof]

1. W postępowaniu prowadzonym na zasadach szczególnych, o którym mowa w art. 136 ust. 2, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 bez stosowania przepisów dotyczących:
 - 1) obowiązku żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
 - 2) wymogu zatwierdzania przez Prezesa Urzędu wyboru trybu udzielenia zamówienia.
 2. Decyzję o wszczęciu postępowania na zasadach szczególnych, o którym mowa w art. 136 ust. 2, podejmuje zamawiający i niezwłocznie zawiadamia o tym Prezesa Urzędu.
 3. W zawiadomieniu, o którym mowa w ust. 2, zamawiający podaje następujące informacje:
 - 1) okoliczności uzasadniające wszczęcie postępowania na zasadach szczególnych;
 - 2) wartość i przedmiot zamówienia.
-
1. Wystąpienie lub zagrożenie klęską żywiołową to w świetle ust. 1 sytuacje, w których w szczególny sposób może być udzielane zamówienie w trybie z wolnej ręki ze względu na przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3¹. Zamawiający po ocenie, iż zachodzi wspomniana przesłanka może udzielić zamówienia z wolnej ręki nie stosując przepisów czyniących zadość wymogom administracyjnym tzn. zatwierdzania wyboru trybu przez Prezesa Urzędu, a także odstępując od żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Działania te usprawiedliwione są stanem wyższej konieczności, w którym zasady konkurencyjności, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców są ograniczane ze względu na prymat działań zapobiegających zagrożeniu życia, zdrowia ludzi czy też powstawaniu szkód w mieniu o znaczących rozmiarach.
 2. Działanie w szczególnych warunkach klęski żywiołowej nie ogranicza zasady jawności postępowania. Jej przejawem, ale równocześnie umożliwieniem nadzoru nad zakresem stosowania zasad szczególnych jest obowiązek przekazywania Prezesowi Urzędu zawiadomienia o wszczęciu postępowania, wskazującego wartość i przedmiot zamówienia oraz okoliczności uzasadniające zastosowanie zasad szczególnych.

¹ Art. 67 ust. 1 pkt. 3 „ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.”

Dział IV

Umowy w sprawach zamówień publicznych

Art. 139 [Odesłanie do Kc, forma umowy, jawność]

- 1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.**
 - 2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.**
 - 3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.**
1. Przepisy ustawy, a w szczególności Działu IV, są przepisami szczególnymi w stosunku do Kodeksu cywilnego i zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* mają przed nimi pierwszeństwo. Wiele z przepisów Pzp, np. dotyczących czasu obowiązywania umów, zmian umów, czy solidarnej odpowiedzialności wykonawców ma charakter bezwzględnie obowiązujący.
 2. Ustawa zawiera własne definicje legalne „usług”, „dostaw” i „robót budowlanych”. Służą one temu, aby regulacja dotycząca zamówień publicznych była „szczelna”. Przy określaniu typów i treści umów nie należy jednak posługiwać się np. pojęciem „dostawa”, lecz pojęciami określonymi w Kc lub w nauce prawa cywilnego. Tak więc niezależnie od tego, że przeprowadzono postępowanie w celu udzielenia zamówienia którego przedmiotem były dostawy nie ma przeszkód, aby zawarta w wyniku takiego postępowania umowa była umową sprzedaży, najmu, dzierżawy, leasingu lub inną umową, w tym umową nienazwaną lub o charakterze mieszanym, której przedmiotem jest nabycie rzeczy, praw oraz innych dóbr.
 3. Powstaje pytanie, czy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia można zawrzeć więcej niż jedną umowę. Może to być uzasadnione w bardziej skomplikowanych transakcjach, gdy np. gmina, zgodnie z ustawą o gospodarce komunalnej, powierza wykonanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom trzecim, z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych. W wyniku jednego postępowania mogłaby być zawarta umowa o wybudowanie nowego źródła ciepła i wieloletnia umowa dostawy ciepła. Należy przyjąć, że będzie to dopuszczalne pod warunkiem, że zakres świadczeń wykonawcy wynikający z umów będzie tożsamy z zobowiązaniami zawartymi w ofercie, a oferta będzie zgodna z określonymi przez zamawiającego wymogami. Z natury rzeczy gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, w wyniku jednego postępowania może być także zawarte kilka umów.
 4. Ustawa wymaga, aby umowy w sprawach zamówień publicznych były zawierane w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, bez względu na ich wartość.

Jeżeli przepisy odrębne wymagają formy szczególnej, powinna być ona zachowana. Stosowanie tych odrębnych przepisów będzie pod rządami Pzp rzadkie, bowiem nabycie własności i innych praw do nieruchomości jest wyłączone z zakresu jej stosowania (dla części z tych transakcji niezbędne jest dochowanie formy aktu notarialnego).

5. Przepisy Pzp przewidują, że kierownik zamawiającego może powierzyć wykonanie czynności w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania innym osobom. Nie jest to równoznaczne z udzieleniem tym osobom pełnomocnictwa do podpisania umowy. Podpisać umowę mogą tylko te osoby, które mają prawo reprezentowania danego zamawiającego albo na zasadach ogólnych, zgodnie z zasadami reprezentacji, albo też na podstawie stosownego pełnomocnictwa.
6. Jedną z kluczowych zasad ustawy jest jawność postępowania (art. 8). Zawarcie umowy jest jednym z elementów tego postępowania. Niezależnie od tego ustawodawca podkreśla w art. 139 ust. 3, że umowy są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Przepisy o dostępie do informacji publicznej są uregulowane przede wszystkim w ustawie o dostępie do informacji publicznej¹. W odniesieniu do jawności umów w sprawach zamówień publicznych należy uznać, że obowiązują, między innymi, następujące zasady: a) umowy są udostępniane na wniosek zainteresowanego; b) od osoby wnoszącej o udostępnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego; c) jawność umów może być ograniczona przepisami o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych; d) zamawiający powinien nie tylko udostępnić umowy, ale także zapewnić możliwość ich odpłatnego kopiowania; e) udostępnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego winno nastąpić bez zbędnej zwłoki, nie później jednak, niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku; f) jeżeli zamawiający odmawia udostępnienia wnioskodawcy umowy winien swoje stanowisko uzasadnić, ze wskazaniem imion, nazwisk i funkcji osób, które zajęły negatywne stanowisko; g) wnioskodawca w terminie 14 dni od otrzymania odmowy udostępnienia umowy może wystąpić do zamawiającego o ponowne rozpatrzenie wniosku; h) „kto, wbrew ciążącym na nim obowiązkom, nie udostępnia informacji publicznej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności, albo pozbawieniu wolności do roku” (art. 23 ustawy o dostępie do informacji publicznej). Z treści ust. 3 wynika, że także podmioty, które nie są objęte co do zasady przepisami o dostępie do informacji publicznej będą zobowiązane do ujawniania umów w sprawach zamówień publicznych.
7. Do umów w sprawach zamówień publicznych znajdują, między innymi, zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące czynności prawnych odnoszące się

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

do: zasad reprezentacji (art. 38), ważności czynności prawnych (art. 58), wad oświadczeń woli, działania w cudzym imieniu (art. 96 i następne), terminów (art. 110 i następne) oraz Księga trzecia – Tytuł III „Ogólne przepisy o zobowiązaniach umownych” (art. 384–396), Tytuł VII „Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania” (art. 450–497), Tytuł XI „Sprzedaż” (art. 535–602), Tytuł XIII „Dostawa” (art. 605–612), Tytuł XV „Umowa o dzieło” (art. 627–646), Tytuł XVI „Umowa o roboty budowlane” (art. 647–658), Tytuł XVII „Najem i dzierżawa” (art. 659–709), Tytuł XVIII „Umowa leasingu” (art. 709¹–709¹⁸), Tytuł XXI „Zlecenie” (art. 734–751), Tytuł XXVII „Umowa ubezpieczenia” (art. 805–834).

8. Umowy w sprawach zamówień publicznych to nie tylko odpłatne umowy zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem jest wykonanie usługi, dostawy lub robót budowlanych. Są nimi także umowy ramowe, które mogą być zawierane tylko w odniesieniu do zamówień sektorowych (patrz komentarz do art. 124–126). Także takie umowy wymagają zachowania pod rygorem nieważności formy pisemnej, są jawne, podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, itp.
9. Umowy w sprawach zamówień publicznych mogą mieć niekiedy charakter umów o tzw. ramowej postaci. W odróżnieniu od umów ramowych w rozumieniu Pzp, umowy o tzw. ramowej postaci zawierają konkretne zobowiązania w zakresie realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych. Charakteryzują się tym, że niezależnie od zawarcia umowy tego typu, strony odrębnymi pismami (np. zamówieniami) aktualizują istniejące zobowiązania. Np. w umowach o świadczenie usług prawnych strony z góry określają wszelkie istotne postanowienia umowy, w tym np. wynagrodzenie za godzinę pracy prawnika, jednak dopiero późniejsze zlecenia precyzują zakres działań prawnika, do których był on już zobowiązany mocą umowy o świadczenie usług prawnych. To samo może np. dotyczyć usług transportowych. W umowach o tzw. ramowej postaci powinien być określony przedmiot zamówienia (np. jego maksymalny zakres lub wiążące i jednoznaczne podstawy do jego ustalenia) oraz cena (choćby w odniesieniu do cen jednostkowych).

Art. 140 [Tożsamość zobowiązania i świadczenia]

- 1. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.**
 - 2. Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
1. Świadczeniem jest zachowanie się dłużnika zgodnie z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesom wierzyciela¹. Zakres pojęcia „zakres świadczenia wyko-

¹ Bliżej na ten temat zob. Z. Radwański „Zobowiązania – część ogólna” Warszawa 1997 r., s. 39.

nawcy”, o którym mowa w ust. 1 komentowanego artykułu jest szerszy od zakresu pojęcia „przedmiot zamówienia”, o którym mowa w ust. 2. Określenie przedmiotu zamówienia jest kluczowym obowiązkiem zamawiającego przy opracowywaniu specyfikacji. Na zakres świadczenia wykonawcy będą miały też wpływ między innymi „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zamierzonej umowy (...)”¹. Postanowienia te mogą zawierać wiele ważnych wskazówek co do tego, w jaki sposób przedmiot zamówienia ma być zrealizowany.

2. Zgodnie z Pzp „treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (art. 82 ust. 3). Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2). Może się jednak zdarzyć, że zamawiający nie odrzucił oferty niezgodnej ze specyfikacją, inni wykonawcy nie złożyli protestu i umowa została podpisana z wykonawcą, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, mimo, że powinna być odrzucona. W takiej sytuacji umowa jako taka zachowa swą ważność, jednak nieważna od początku będzie ona w części wykraczającej poza treść SIWZ.
3. Jeżeli określone zamówienie jest udzielane wykonawcy z którym wcześniej zawarta była umowa ramowa (dotyczy to tylko zamówień sektorowych), zakres i warunki świadczenia wynikające z umowy powinny być zgodne z treścią umowy ramowej. Jeżeli umowa byłaby niezgodna z zakresem umowy ramowej lub jej warunki w sposób niekorzystny dla zamawiającego odbiegałyby od warunków określonych w umowie ramowej, umowa taka będzie nieważna w części niezgodnej z zakresem lub warunkami umowy ramowej.
4. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie może być szerszy niż jego zobowiązania zawarte w ofercie. Nie powinien być także, co być może jest mniej oczywiste, węższy, gdyż mogłoby to być sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. W ten sposób bowiem ograniczono by krąg podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, a następnie udzielono zamówienia w skali, w której mogłyby je wykonać także podmioty, które zostały wykluczone z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 141 [Odpowiedzialność solidarna]

Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

1. Art. 23 ust. 1 przewiduje, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Ponoszą oni zarówno solidarną odpowiedzialność za wykona-

¹ Art. 36 ust. 1 pkt 21.

nie umowy jak i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Solidarna odpowiedzialność wykonawców polega na tym, że są oni zobowiązani w ten sposób, iż zamawiający może żądać całości lub części świadczeń od nich wszystkich łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (zob. art. 366 § 1 Kc). Jednocześnie, aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego, wszyscy wykonawcy pozostają zobowiązani (zob. art. 366 § 2 Kc). Przepis komentowanego artykułu jest bez wątpienia korzystny dla zamawiających, a niekorzystny dla wykonawców, bowiem każdy z nich ponosi ryzyko wykonania całego świadczenia określonego w umowie z zamawiającym.

2. W przypadku, gdy jeden z wykonawców działających wspólnie zaspokoiłby w pełni zamawiającego ma prawo rozliczyć się z pozostałymi wykonawcami. Podstawą takich rozliczeń będzie wiążący wykonawców działających wspólnie odrębny stosunek wewnętrzny (wynikający z zawartej umowy). W braku takiej umowy znajdzie zastosowanie art. 376 Kc, który stanowi: „§ 1. Jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełnił świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu w częściach równych. § 2. Część przypadająca na dłużnika niewypłacalnego rozkłada się między współdłużników”.
3. Przepis art. 141 ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Wynika z tego, że jakiegokolwiek postanowienia umowne ograniczające solidarną odpowiedzialność wykonawców wobec zamawiającego nie będą wobec niego skuteczne. Może to być istotną barierą przy powstawaniu konsorcjów w sprawach uzyskania zamówienia. Np., firma która jest producentem sprzętu może nie odważyć się wziąć pełnej odpowiedzialności za działania firmy budowlanej wykonującej określone prace i odwrotnie, firma budowlana może nie chcieć wziąć odpowiedzialności za dostawę sprzętu. Podobnie w dużych projektach finansowanych przez konsorcja bankowe poszczególne banki nie będą raczej chciały wziąć odpowiedzialności w zakresie udostępnienia kredytu w jego pełnej wysokości, a tylko w wysokości, do której zobowiązanie przyjął konkretny bank. Komentowany przepis dotyczy tylko wykonawców, natomiast nie dotyczy podwykonawców. Wobec zamawiającego wykonawca jest odpowiedzialny za działania i zaniechania podwykonawców z których pomocą zobowiązanie wykonuje jak również którym wykonanie zobowiązania powierza tak samo, jak za własne działanie lub zaniechanie (zob. art. 474 Kc). Należy jednakże zaznaczyć, że zobowiązania są solidarne nie tylko wtedy, gdy wynika to z ustawy (np. art. 141) ale także wtedy, gdy wynika to z czynności prawnych (art. 369 Kc).
4. Jakkolwiek zobowiązanie solidarne może wynikać także z czynności prawnej, za niedopuszczalne należy uznać narzucanie przez zamawiającego wymogu, aby wykonawca z podwykonawcą solidarnie odpowiadali wobec zamawiającego.

Należy przyjąć, biorąc pod uwagę daleko idące konsekwencje zobowiązań solidarnych, że czynność prawna może nadać stosunkowi prawnemu charakter zobowiązania solidarnego tylko wtedy, gdy zainteresowane strony, działając z równorzędnych pozycji, zgodnie tak postanowią. W przypadku relacji zamawiającego i wykonawcy trudno mówić o równorzędnym charakterze tej relacji. W praktyce trudno sobie wyobrazić narzucenie przez zamawiającego w przetargu na dostawę samochodów, aby niewielka firma, która jako podwykonawca odpowiada za serwis, była jednocześnie solidarnie odpowiedzialna wraz z dostawcą samochodów za samą dostawę.

Art. 142 [Czas trwania umowy]

- 1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.**
 - 2. Zawarcie umowy, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 3 lata, wymaga zgody Prezesa Urzędu wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej, udzielonej przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.**
 - 3. Udzielając zgody, o której mowa w ust. 2, Prezes Urzędu bierze pod uwagę w szczególności:**
 - 1) zakres planowanych nakładów oraz okres niezbędny do ich spłaty lub zwrotu;**
 - 2) zdolności płatnicze zamawiającego;**
 - 3) czy wykonanie zamówienia w okresie wnioskowanym przez zamawiającego spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu trzyletniego.**
 - 4. Zgody, o której mowa w ust. 2, nie wymaga zawarcie umów:**
 - 1) kredytu i pożyczki;**
 - 2) rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;**
 - 3) ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat;**
 - 4) obsługi emisji papierów wartościowych, na okres obsługi emisji;**
 - 5) koncesji.**
1. Pojęcia „świadczenie okresowe” i „świadczenie ciągłe” nie mają definicji legalnych ani na gruncie Pzp, ani na gruncie Kodeksu cywilnego. W doktrynie zgłaszano różne propozycje definicji, także w kontekście znaczenia elementu czasu¹. Przyjmijmy, że świadczenia ciągłe są to „świadczenia polegające na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika w czasie trwania zobowiązania. W odróżnieniu jednak od świadczeń okresowych nie da się w nich wyróżnić powtarzających się odrębnych czynności, które można byłoby traktować jako świadczenia samodzielne²”. Należy odróżnić świadczenia okresowe od poszczególnych rat świad-

¹ Bliżej na ten temat zob. Z. Radwański, Uwagi o zobowiązaniach trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego w: *Studia Cywilistyczne*, t. XIII–XIV, 1969.

² Tak Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2003, wydanie IV, s. 51.

czenia o charakterze jednorazowym. Raty są tu tylko sposobem realizacji świadczenia, którego wielkość została określona w oderwaniu od wyznacznika czasu. Jeżeli przykładowo strony zawrą umowę na dostawę 360 komputerów, mogą ustalić, że dostawa ta będzie realizowana sukcesywnie poprzez comiesięczne dostawy dziesięciu komputerów przez 3 lata, co będzie świadczeniem jednorazowym, tyle, że jego realizacja będzie rozłożona na raty.

2. Trudno zgodzić się z poglądem, że z treści i funkcji przepisów Pzp zawierających pojęcie „zamówienie o świadczenie okresowe” wynika, iż pojęcie to nie zostało w nich zastosowane w ujęciu właściwym dla prawa cywilnego¹. W odróżnieniu od „usług” i „dostaw”, którym to pojęciom ustawa nadaje inne znaczenie niż posiadają one na gruncie Kodeksu cywilnego, brak w Pzp oddzielnej definicji „zamówień o świadczenie okresowe”. Jako że udzielenie zamówienia sprowadza się do zawarcia umowy nie można abstrahować od treści art. 139 ust. 1 który stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się Kodeks cywilny, chyba, że przepisy Pzp stanowią inaczej. Tak więc pojęcie „zamówienie o świadczenie okresowe” może być interpretowane tylko na gruncie prawa cywilnego.
3. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 7 zamawiający powinien określić w specyfikacji termin wykonania zamówienia. Termin ten w wielu przypadkach będzie miał istotny związek z czasem, na który umowa jest zawierana. Nie byłoby jednak zasadne, aby postrzegać termin wykonania zamówienia określony przez wskazanie konkretnej daty jako równoznaczny z wygaśnięciem wiążącej strony umowy. Jakkolwiek ustawodawca nie obliuguje *expressis verbis* zamawiającego, aby wskazał w specyfikacji czas na który umowa jest zawierana powinien on to zrobić na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 21, bez wątplenia bowiem czas, na który umowa zostanie zawarta jest postanowieniem istotnym dla stron, które zostanie wprowadzone do treści zawieranej umowy.
4. Zawarcie umowy na czas oznaczony może polegać nie tylko na wskazaniu daty kalendarzowej zakończenia danego stosunku prawnego. Może polegać też na określeniu czasu jego trwania (np. w tygodniach lub miesiącach) licząc np. od dnia podpisania umowy. Można także inaczej oznaczyć moment końcowy, np. w ścisłej relacji z terminem wykonania zamówienia. Termin końcowy umowy może oznaczać także konkretne zdarzenie, jednak tylko takie, którego nastąpienie w przyszłości jest, zgodnie z rozsądnymi oczekiwaniami, pewne².
5. Umowy, których przedmiotem nie są świadczenia okresowe lub ciągłe mogą być zawierane na okres dłuższy niż 3 lata bez konieczności uzyskania zgody

¹ R. Szostak „Rodzaje zamówień według przedmiotu i czasu świadczenia”, *Zamówienia Publiczne Doradca* Nr 5 z 2004 r., s. 44.

² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 sierpnia 1990 r., IV CR 236/90, OSNCP 1991, Nr 10–12, poz. 125.

Prezesa Urzędu wyrażonej w drodze decyzji administracyjnej, udzielonej przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku świadczenia jednorazowego, jednakże rozłożonego na raty, nie jest wymagana zgoda Prezesa nawet wtedy, gdy realizacja świadczenia w ratach przekraczałaby okres 3 lat. W takim przypadku zakres świadczenia jest z góry określony i to bez odniesienia się do elementu czasu.

6. Rozpatrując wniosek zamawiającego o zgodę na zawarcie umowy, której przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągłe, na okres dłuższy niż 3 lata Prezes Urzędu jest zobowiązany rozważyć okoliczności o których mowa w ust. 3. Ponieważ zgodnie z art. 107 § 1 Kpa decyzja administracyjna wymaga uzasadnienia, Prezes powinien wskazać w jaki sposób ich badanie wpłynęło na jego decyzję.
7. Katalog przesłanek określonych w ust. 3 nie jest wyczerpujący, lecz jedynie przykładowy. Co więcej, to inne okoliczności, niż wskazane w tym przepisie mogą mieć charakter przesądzający, czy decyzja Prezesa Urzędu będzie pozytywna, czy negatywna. Wydaje się, że poza wskazanym katalogiem Prezes UZP może np. rozważyć, na ile jego decyzja pozytywna może wpłynąć na ograniczenie konkurencji (por. art. 126 ust. 2).
8. Umowa ubezpieczenia to umowa, w której zakład ubezpieczeń zobowiązuje się spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę (art. 805 Kc). W przypadku umów ubezpieczenia wykonawca musi mieć status „zakładu ubezpieczeń”.
9. Umowa kredytu jest uregulowana w ustawie Prawo bankowe¹. Na podstawie umowy kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu (art. 69 ust. 1). Zamawiający udzielając zamówienia wyrażonego w umowie kredytu może go udzielić tylko wykonawcy, który ma status banku.
10. Umowa pożyczki to umowa, w której dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy albo rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić te samą ilość pieniędzy albo tę samą ilość rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości (art. 720 § 1 Kc). Wykonawca z którym zamawiający zawiera umowę pożyczki nie musi mieć żadnego specjalnego statusu, określonego przepisami prawa (w odróżnieniu np. od umowy ubezpieczenia).

¹ Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.

11. Umowa rachunku bankowego jest uregulowana w Kodeksie cywilnym (art. 725–733) oraz ustawie Prawo bankowe. Ustawa ta między innymi wskazuje przykładowy katalog rachunków bankowych (art. 50 ust. 2) oraz przykładowy katalog postanowień, które umowa rachunku bankowego powinna określać (art. 54 ust. 2). Zamawiający udzielając zamówienia wyrażonego w umowie rachunku bankowego może go udzielić tylko wykonawcy, który ma status banku.

Art. 143 [Umowy zawierane na czas nieoznaczony]

- 1. Na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy:**
 - 1) wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;**
 - 2) energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej;**
 - 3) gazu z sieci gazowej;**
 - 4) ciepła z sieci ciepłowniczej.**
- 2. Przepisu art. 142 ust. 2 nie stosuje się.**
 1. Ust. 1 przewiduje wyjątki od określonej w art. 142 ust. 1 zasady, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się na czas oznaczony. Znajdą one zastosowanie tylko wtedy, gdy woda, energia elektryczna, gaz lub ciepło są dostarczane z sieci. Zgodnie z art. 2 ust. 7 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków¹ siecią wodno-kanalizacyjną są przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego. Przez sieci elektroenergetyczne lub sieć gazową należy rozumieć instalacje połączone i współpracujące ze sobą, służące do przesyłania i dystrybucji paliw lub energii, należące do przedsiębiorstwa energetycznego (art. 3 pkt 11 Prawo energetyczne²).
 2. Jeżeli woda, ciepło, gaz lub energia elektryczna nie byłyby dostarczane z sieci w rozumieniu powyższych przepisów, lecz np. ciepło byłoby dostarczane bezpośrednio ze źródła ciepła, wtedy strony umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny zawrzeć umowę na czas oznaczony.
 3. Przedmiotem umów o których mowa w ust. 1 pkt 1 są co do zasady świadczenia ciągłe. Zgodnie ust. 2 przepisu art. 142 ust. 2 (zgoda Prezesa Urzędu) nie stosuje się do umów, o których mowa w ust. 1. Wydaje się, że wyłączenie to jest zbędne bowiem należy przyjąć, że zgoda Prezesa dotyczy tylko umów zawieranych na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata. W sytuacji, gdy w ust. 1 mowa jest o kategorii umów zawieranych na czas nieoznaczony, przepis ust. 2 i tak nie mógłby tych umów dotyczyć.

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 72, poz. 747.

² Dz. U. 2002 Nr 153 poz. 1504 z późn. zm.

Art. 144 [Zakaz zmian w umowie]

- 1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.**
- 2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.**
 1. Nie ma przeszkód, aby komentowany artykuł zastosować odpowiednio po wyborze najkorzystniejszej oferty i ostatecznym rozstrzygnięciu ewentualnych protestów, a jeszcze przed podpisaniem umowy. Dotyczyłoby to w praktyce np. zmian wzoru umowy określonego w specyfikacji. Będzie to dopuszczalne tylko wtedy, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili sfinalizowania prac nad projektem umowy, albo zmiany są korzystne dla zamawiającego. Rozwiązanie to daje efekt taki sam, jak w przypadku aneksowania podpisanej umowy, a jednocześnie oszczędza stronom czas związany z procesem podpisania umowy.
 2. Zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy zawarty w Pzp różni się od podobnej regulacji, zawartej w uzp. Ta ostatnia zakazywała zmian postanowień zawartej umowy oraz wprowadzania nowych postanowień do umowy, niekorzystnych dla zamawiającego. Obecnie, jeżeli konieczność wprowadzenia zmian do umowy nie wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, dopuszczalne zmiany mogą być tylko korzystne dla zamawiającego. Oznacza to zakaz wprowadzania zmian o charakterze neutralnym dla zamawiającego.
 3. Zmiana umowy jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy spełniona jest przynajmniej jedna z następujących przesłanek: wprowadzenie zmian jest konieczne i wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, albo zmiany są korzystne dla zamawiającego. Brak istnienia jednej ze wskazanych przesłanek jest jednoznaczny z zakazem wprowadzania zmian.
 4. Brak możliwości przewidzenia okoliczności, o których mowa w komentowanym artykule musi mieć charakter obiektywny. Jeżeli zamawiający rzeczywiście nie przewidział tych okoliczności, choć mógł i powinien był je przewidzieć, zmiana postanowień umowy zawartej z wykonawcą nie będzie dopuszczalna.
 5. Powstaje pytanie o dopuszczalność zmian podmiotowych po stronie wykonawców. Odpowiedź jest zależna od tego, czy zmiana strony umowy miałyby się wiązać z sukcesą uniwersalną, w wyniku której prawa przysługujące jednemu podmiotowi przechodzą na inny podmiot w wyniku jednego zdarzenia prawnego, czy z sukcesą singularną, której konsekwencją jest nabycie określonego prawa podmiotowego. W przypadku sukcesy uniwersalnej z mocy prawa zmienia

się wykonawca umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przykład zgodnie z art. 494 § 1 Kodeksu spółek handlowych „Spółka przejmująca albo spółka nowo zawierana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki”. Pzp nie zawiera *expressis verbis* zakazu dokonywania zmian podmiotowych w umowach po stronie wykonawców. Należy jednak uznać, że zmiana wykonawcy, dokonana nawet za zgodą zamawiającego, będzie czynnością mającą na celu obejście ustawy, a jako taka, z mocy art. 58 ust. 1 Kc będzie nieważna. Wynika to z faktu, iż celem Pzp jest zapewnienie, że podmioty będące zamawiającymi wydatkują środki zgodnie z przewidzianymi, obiektywnymi i konkurencyjnymi procedurami, w tym zgodnie z procedurą badania przyszłego kontrahenta. Gdyby swobodna zmiana wykonawcy po zawarciu umowy była dopuszczalna, cel Pzp nie zostałby osiągnięty.

6. Problemem jest dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT). Zdaniem Ministerstwa Finansów *„dla rozstrzygnięcia sprawy decydujące jest wyjaśnienie, jaki wpływ ma podatek od towarów i usług na wysokość wynagrodzenia, które w związku z realizacją danej umowy odbiorca (zamawiający) jest zobowiązany zapłacić. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050), do którego odesłanie zawiera art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177) ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Przepis ten, według powszechnie przyjętego rozumienia oznacza, że podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowi element cenotwórczy, wobec czego sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, uprawniony jest do wliczenia do niej podatku VAT należnego od tego towaru lub usługi. Wyżej powołany przepis nie daje jednak podstawy do uznania, że z jego mocy nabywca towaru lub usługi jest obowiązany zapłacić sprzedawcy cenę wyższą, powstałą w wyniku zmiany stawki podatku VAT, jeżeli zawarta umowa nie zawierała klauzuli rodzącej takie zobowiązanie¹”*.
7. Rozstrzygnięcie powyższego problemu nie może być oderwane od treści ust. 1. Należy więc przyjąć, że przy zmianie VAT zmiana umowy jest dopuszczalna w dwóch sytuacjach: albo wtedy, gdy istnieje konieczność wprowadzenia zmiany, która wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy, albo wtedy, gdy zmiana umowy jest korzystna dla zamawiającego. Można przyjąć, że konieczność wprowadzenia zmian do umowy ma miejsce wówczas, gdy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć (w tym zmian przepisów prawa) jedna ze stron umowy mogłaby ponieść rażąco

¹ Znak: PP1-811-1019/02/DSz.

stratę (poz. art. 357¹ Kc). W sytuacji jednak, gdyby np. w dacie podpisania umowy byłyby już opublikowane przepisy o zmianie VAT, jakkolwiek jeszcze nie weszły w życie, na powyższą przesłankę nie można byłoby się powołać, bowiem zmianę oczywiście można było przewidzieć. Niezależnie od dopuszczalności zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, w świetle przepisów prawa każda zmiana umowy wymaga zgody zamawiającego i wykonawcy.

8. Przy braku konsensusu stron co do zmiany umowy może znaleźć zastosowanie art. 357¹ Kc który stanowi: *„Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia, a nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym”*.
9. W tym kontekście należy przyjąć, że przepis ust. 1 stanowi ograniczenie dla stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, natomiast nie jest nim związany sąd działający na gruncie art. 357¹ Kc. Zakaz, o którym mowa w komentowanym artykule powinien wiązać zamawiającego i wykonawcę w celu zapobieżenia sytuacjom, w których nie byłyby osiągalne cele Pzp. Obaw takich jak i uzasadnienia tego zakazu nie ma w przypadku rozstrzygnięcia sprawy przez sąd.
10. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r.¹, niezależnie od tego, że umowę zawarto w trybie postępowania o zamówienie publiczne, wykonawca może odstąpić od niej w sytuacjach i na warunkach określonych w Kodeksie cywilnym tak, jak od każdej innej umowy². Po podpisaniu umowy jedyna płaszczyzna prawnego uprzywilejowania zamawiającego jest oparta o przepis art. 144. Na pozostałych płaszczyznach zawartego stosunku cywilnoprawnego należy uznać równorzędność pozycji zamawiającego i wykonawcy. Na zasadach ogólnych, gdyby np. zamawiający dopuszczał się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, wykonawca może mu wyznaczyć odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy (zob. art. 491 § 1 Kc).

Art. 145 [Odstąpienie od umowy]

- 1. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć**

¹ Sygn. III CKN/320/00.

² Zob. „Rzeczpospolita” z dnia 20 maja 2004 r., C4.

w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

- 2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.**
1. Przepis ust. 1 ma charakter wyjątkowy. Pozwala zamawiającym, mocą jednostronnej czynności prawnej doprowadzić, bez zgody wykonawcy, do wygaśnięcia łączącego strony stosunku prawnego. Odstąpienie od umowy przez zamawiającego może mieć miejsce tylko wtedy, gdy łącznie wystąpią następujące przesłanki: zaistnieją istotne zmiany okoliczności, będą one powodowały, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, nie można było tego przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Przy zaistnieniu tych przesłanek zamawiający może od umowy odstąpić jedynie w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Należy przyjąć, że gdyby powyższe przesłanki zaistniały przed podpisaniem umowy zamawiający może, stosując odpowiednio ust. 1, nie przystąpić do podpisania umowy.
2. Powstaje wątpliwość co to znaczy, że „wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym”. Pojęcie „interesu publicznego” pojawia się w wielu innych przepisach prawa, np. w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 1)¹, ustawie Prawo własności przemysłowej (art. 68 ust. 1)², czy ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 1 ust. 1)³. Niektóre przepisy precyzują znaczenie tego pojęcia. Na przykład, zgodnie z art. 5 ustawy o ochronie przed przywozem na polski obszar celny towarów po cenach dumpingowych⁴ „zastosowanie środków antydumpingowych wymaga rozważenia interesu publicznego, którego ocena obejmuje w szczególności interes przemysłu krajowego, na rzecz którego toczy się postępowanie, interes użytkowników oraz konsumentów towaru objętego postępowaniem, jak również skutki nałożenia celów konkurencji”. Zakres pojęcia „interes publiczny” na gruncie różnych ustaw nie musi być tożsamy. Na pewno sam interes zamawiającego nie może być utożsamiany z interesem publicznym. Powołanie się na to, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym może mieć miejsce np. wtedy, gdy środki publiczne którymi dysponuje zamawiający, w wyniku wykonania umowy zostałyby wykorzystane w sposób niewłaściwy. Uzasadnione będzie odstąpienie od umowy na podstawie której wykonawca miałby położyć nową nawierzchnię na moście, co do którego, po podpisaniu umowy, np. po zniszczeniach powodziowych podjęto decyzję o rozbiorce. Ust. 1 jest istotnym ograniczeniem równowagi stron, niedopuszczalna będzie więc jego wykładnia rozszerzająca.
3. Odstąpienie od umowy będzie jednostronnym, skierowanym przez zamawiającego do wykonawcy oświadczeniem woli o charakterze prawo kształtującym.

¹ Dz. U. z 2003 Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

² Dz. U. z 2003 Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

³ Dz. U. z 2003 Nr 86, poz. 804 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 2001 Nr 123, poz. 1352 z późn. zm.

W następstwie złożenia takiego oświadczenia stosunek prawny między stronami wygasa, i to już od momentu zawarcia umowy. W takiej sytuacji kwestię rozliczenia między stronami reguluje ust. 2.

4. Gdy wykonawca uzna, że odstąpienie zamawiającego od umowy jest nieuzasadnione (np. brak interesu publicznego), może wystąpić do sądu o ustalenie istnienia stosunku prawnego na podstawie art. 189 Kpc. Zgodnie z tym przepisem „powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny¹”.
5. W praktyce umowy w sprawach zamówień publicznych rzadko kiedy zawierają stosowne postanowienia dotyczące rozliczeń na wypadek odstąpienia przez zamawiającego od umowy na podstawie ust. 1. Trudno arbitralnie określić, jak powinno wyglądać rozliczenie między stronami, bowiem wiele zależy od tego, czy umowa przewidywała kilka etapów wykonania zamówienia, odbiory częściowe itp. Wykonawcy należy się wynagrodzenie za rzeczywiste wykonanie części umowy bez względu na to, czy wykonanie tej części zostało formalnie potwierdzone przez zamawiającego przed odstąpieniem od umowy. Wykonawca zgłaszając żądanie na podstawie ust. 2 powinien je uzasadnić. Niekiedy uzasadnienie może wyrażać się w przedłożeniu stosownej kalkulacji. Wykonawca ma prawo żądać nie tylko pokrycia poniesionych kosztów, ale także części zysku. Przez wykonanie części umowy należy rozumieć także i taką sytuację, gdy wykonawca dokonał zakupów niezbędnych dla należytego wykonania umowy. Poza wynagrodzeniem należnym z tytułu wykonywania części umowy wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia odszkodowawcze związane z odstąpieniem zamawiającego od umowy.

Art. 146 [Nieważność umowy]

1. **Z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli:**
 - 1) **zamawiający nie dopełnił obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi Urzędu lub Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;**
 - 2) **zamawiający udzielił zamówienia bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej, w szczególności zawarł umowę bez wymaganej zgody przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;**
 - 3) **zamawiający zawarł umowę przed zakończeniem kontroli, o której mowa w art. 167;**
 - 4) **zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu do wszczęcia kontroli, o której mowa w art. 167;**

¹ Na ten temat zob. bliżej Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 1996, tom I, s. 189.

- 5) **zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy;**
 - 6) **w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.**
2. **Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności:**
- 1) **umowy, o której mowa w ust. 1;**
 - 2) **części umowy, o której mowa w art. 140 ust. 2;**
 - 3) **zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1.**
1. Komentowany artykuł określa szczególne przypadki nieważności umów w sprawach zamówień publicznych, przy czym nie wyłącza stosowania regulacji Kodeksu cywilnego dotyczącej nieważności umów. W szczególności znajdzie zastosowanie przepis art. 58 § 1 Kc który stanowi, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy.
 2. W przypadku wystąpienia przesłanek określonych w ust. 1 umowa jest nieważna już w momencie jej zawierania. Przesłanki te nie mają charakteru jednorodnego, chociażby z tego względu, że bardzo łatwo można stwierdzić, czy niektóre z nich znajdują zastosowanie w danej sprawie (np. brak obowiązkowych ogłoszeń czy brak wymaganych decyzji administracyjnych). W innych przypadkach (np. dokonanie wyboru z rażącym naruszeniem ustawy) może to być trudne. Niezależnie od przesłanek określonych w tym przepisie, umowy będą nieważne np. wtedy, gdy ich zawarcie narusza inne ustawy.
 3. Legalność działań zamawiającego wymaga w wielu przypadkach uzyskania stosownej decyzji administracyjnej wydanej przez Prezesa Urzędu. Dotyczy to np. zgody na zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2), zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 2), negocjacji z ogłoszeniem w odniesieniu do zamówień innych, niż sektorowe (art. 55 ust. 2), odstąpienia od żądania wniesienia zabezpieczenia (art. 147 ust. 4) itp.
 4. Art. 167 reguluje materię kontroli uprzedniej. Zgodnie z ust. 3 tego artykułu „w przypadku wszczęcia kontroli uprzedniej, aż do jej zakończenia, nie można zawrzeć umowy”. Z kolei „zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o kontroli uprzedniej” (art. 169 ust. 1). Termin do wszczęcia kontroli jest uregulowany w art. 167 ust. 3.
 5. Nie każde dokonanie wyboru oferty z naruszeniem Pzp będzie skutkowało nieważnością umowy. Umowa będzie nieważna tylko wtedy, gdy naruszenie ustawy miało charakter rażący. Każdy przypadek wymaga w tym kontekście wnikliwej oceny. Nie jest rzeczą łatwą określenie, jakie naruszenia ustawy będą miały charakter rażących naruszeń. Nie musi to być jednoznaczne z naruszeniem zasad udzielania zamówień określonych w Rozdziale 2 Pzp. Można sobie bowiem wyobrazić, że naruszono zasadę równego traktowania wykonawców, np. jednego przypadkiem nie powiadomiono o odpowiedzi na nieistotne pytanie dotyczące specyfikacji, co trudno zakwalifikować jako rażące naruszenie ustawy.

Rażącym naruszeniem Pzp będzie z pewnością ocena ofert niezgodna z przyjętymi kryteriami.

6. Przy wykładni pojęcia „rażące naruszenie ustawy” przydatna może być bogata literatura oraz orzecznictwo. Na tej płaszczyźnie ścierają się dwa stanowiska. „Według pierwszego z nich rażące naruszenie prawa zachodzi w przypadku naruszenia przepisu nie pozostawiającego wątpliwości co do jego bezpośredniego naruszenia (...) Drugie stanowisko reprezentują ci, którzy uważają, iż przy pojęciu rażącego naruszenia prawa należy brać pod uwagę jego skutki¹”. W wyroku z dnia 27 maja 1988 r. Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że „rażącym naruszeniem prawa jest tylko takie jego naruszenie, w wyniku którego powstają skutki niemożliwe do zaakceptowania z punktu widzenia wymagań praworządności”². W odniesieniu do Pzp za bardziej uzasadnione należy uznać drugie stanowisko.
7. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna jeżeli w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie i jednocześnie jest pewność co do tego, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Jeżeli doszło do takich naruszeń ale nie stwierdzono, iż rzeczywiście wpływ ten miały, nie będzie podstawy do uznania umowy za nieważną na podstawie ust. 1 pkt 6. Jeżeli doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania, ale do naruszenia doszło nie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale na etapie przygotowania postępowania, także nie będzie uzasadnienia dla uznania umowy za nieważną na podstawie powyższego przepisu.
8. Przepis ust. 2 uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy, jej części lub zmian dokonanych z naruszeniem prawa, co w żaden sposób nie ogranicza działań innych osób, które mogą działać na zasadach ogólnych. Zgodnie z art. 189 Kpc powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Powodem może być np. podwykonawca, pomimo tego, że nie ubiegał się o udzielenie zamówienia, jeżeli wykaże interes prawny w ustaleniu nieważności umowy.

Art. 147 [Zabezpieczenie należytego wykonania umowy]

- 1. Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwanego dalej „zabezpieczeniem”.**
- 2. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości.**

¹ Tak M. Jaśkowska, A. Wróbel Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Zakamycze, 2000 r., s. 246.

² Sygn. akt. IV SA 2328/88, GAP 1989 Nr. 6, s. 42.

3. Zamawiający żąda od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, jeżeli:
 - 1) wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro;
 - 2) wartość zamówienia na dostawy lub usługi przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro;
 - 3) umowa ma zostać zawarta na okres dłuższy niż 3 lata, z wyjątkiem umów, o których mowa w art. 142 ust. 4 i art. 143.
4. W wyjątkowych sytuacjach, w szczególności, gdy żądanie wniesienia zabezpieczenia mogłoby uniemożliwić udzielenie zamówienia lub spowodować znaczący wzrost cen ofert, zamawiający, za zgodą Prezesa Urzędu wyrażoną w drodze decyzji administracyjnej, może odstąpić od żądania wniesienia zabezpieczenia.

1. Żądanie zamawiającego od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy ma charakter fakultatywny, z wyjątkiem przypadków określonych w ust. 3, kiedy ma ono charakter obligatoryjny. Wyjątek od reguły określonej w tym przepisie stanowi art. 132 ust. 3, który w odniesieniu do zamówień sektorowych zezwala na odstąpienie od obowiązku żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jeżeli zamawiający powinien żądać lub chce żądać zabezpieczenia, jego obowiązkiem jest zapisać to w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 20). Wniesienie zabezpieczenia powinno nastąpić jeszcze przed podpisaniem umowy. Wskazuje na to zarówno interes zamawiającego, jak i treść przepisu art. 34 ust. 2 który przewiduje m.in., że jeżeli wykonawca nie wnosi wymaganego zabezpieczenia, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą wśród pozostałych ofert (...).
2. Powstaje pytanie, czy na podstawie komentowanego artykułu zamawiający jest zobowiązany do żądania zabezpieczenia od wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową. Byłoby rzeczą niewłaściwą, gdyby instytucja zabezpieczenia była oderwana od udzielenia zamówienia, a jak wiadomo podpisanie umowy ramowej nie stanowi udzielenia zamówienia. Tak więc obowiązek, o którym mowa w tym przepisie nie dotyczy umów ramowych.
3. Zgodnie z art. 150 zamawiający ma pewne pole manewru co do tego, jakiego zabezpieczenia będzie żądał, jednakże jego wysokość nie może być niższa niż 2%, ani wyższa niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego, wynikającego z umowy. Zamawiający może powoływać się na wyjątkową sytuację o której mowa w ust. 4, gdy mimo tego, iż żądał zabezpieczenia w wysokości i formule najbardziej korzystnej dla wykonawcy, istnieje ryzyko niemożliwości udzielenia zamówienia bądź znacznego wzrostu cen ofert.
4. Wyjątkowa sytuacja, o której mowa w ust. 4 nie musi polegać tylko na ryzyku niemożliwości udzielenia zamówienia lub ryzyku znacznego wzrostu cen ofert (są to tylko przykłady wyjątkowych sytuacji). Istnieje dylemat, czy doszła sytuacja

finansowa i renowa wykonawcy same w sobie uzasadniają odstąpienie od żądania zabezpieczenia. Byłoby to w wielu przypadkach uzasadnione, bowiem interes zamawiającego, którego ochronie ma służyć zabezpieczenie wykonania umowy nie byłby zagrożony. Odpowiedź na to pytanie jest jednak negatywna. Trudno bowiem uznać, że sytuacja, gdy najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca posiadający doskonałą sytuacją finansową i świetną renomę, jest sytuacją wyjątkową.

5. Zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, jeżeli wystąpi którakolwiek z przesłanek określonych w ust. 3. A zatem pomimo tego, że w przypadku zawierania umów kredytu pkt 3 tego przepisu przewiduje wyjątek od obowiązku żądania zabezpieczenia, w sytuacji, gdy wartość takiego zamówienia przekraczałaby kwotę 5 000 000 euro zamawiający byłby zobowiązany żądać zabezpieczenia.

Art. 148 [Forma zabezpieczenia]

1. Zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

2. Za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również:

- 1) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku;
- 2) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;
- 3) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

3. Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

4. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia.

5. Jeżeli zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu, zamawiający przechowuje je na oprocentowanym rachunku bankowym. Zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy.

1. Warto rozważyć kiedy i na jakich zasadach możliwe jest zaliczenie wadium na poczet zabezpieczenia. Co do zasady należy przyjąć, że takie zaliczenie nie jest

dopuszczalne. Wiąże się to chociażby z tym, że okres ważności wadium jest związany z okresem ważności oferty i nawet jeśli dane wadium byłoby ważne jeszcze przez jakiś czas po zawarciu umowy, w większości przypadków traciłoby swoją ważność na tyle wcześniej, że jako forma zabezpieczenia nie mogłoby pełnić swojej roli. Wyjątek od tej zasady dotyczy wadium w formie pieniężnej, kiedy wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia (ust. 4). Jeżeli wykonawca zgody tej nie wyrazi, zamawiający jest zobowiązany zwrócić mu wadium na zasadach ogólnych.

2. Podobnie jak w przypadku wadium ustawodawca przewiduje pięć alternatywnych form zabezpieczenia do wyboru wykonawcy (ust. 1)¹. Jednocześnie, w odróżnieniu od regulacji dotyczącej wadium, ustanawia trzy dodatkowe formy zabezpieczenia: weksel z poręczeniem wekslowym banku, zastaw na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego, zastaw rejestrowy na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (ust. 2). Wniesienie przez wykonawcę zabezpieczenia w jednej z powyższych form wymaga dla swej skuteczności wcześniejszej zgody zamawiającego.
3. Weksle są papierami wartościowymi uregulowanymi w ustawie Prawo wekslowe². Regulację papierów wartościowych, które są emitowane przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego zawiera w szczególności ustawa o finansach publicznych³, ustawa o obligacjach⁴ oraz ustawa Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi⁵. Ustanowienie zastawu rejestrowego reguluje ustawa z o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów⁶. Określa ona katalog podmiotów, których wierzytelności mogą być zabezpieczone poprzez ustanowienie zastawu rejestrowego (art. 1 ust. 1). Do ustanowienia zastawu rejestrowego dochodzi poprzez umowę między osobą uprawnioną do rozporządzania przedmiotem zastawu (zastawcą) a wierzycielem (zastawnikiem) oraz wpis do rejestru zastawów (art. 2 ust. 1). Przedmiotem zastawu mogą być rzeczy ruchome z wyjątkiem statków morskich wpisanych do rejestru okrętowego, a także zbywalne prawa majątkowe (art. 7 ust. 1).
4. Trudno zgodzić się z poglądem, że za niewłaściwe należałoby uznać dopuszczenie jednej z form zabezpieczenia wymagającej zgody zamawiającego już po wyborze najkorzystniejszej oferty⁷. Nie ma przeszkód, aby ewentualna zgoda była już udzielona w dokumentacji określającej warunki zamówienia. Żaden przepis nie zakazuje jednocześnie w sytuacji, gdy dokumentacja określająca warunki

¹ Na temat form wadium zob. bliżej komentarz do art. 45.

² Dz. Urz. WE Nr L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s. 54.

³ Tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 z późn. zm.

⁴ Tekst jednolity: Dz. U. z 2001 r. Nr 120, poz. 1300 z późn. zm.

⁵ Tekst jednolity: Dz. U. z 2002 r. Nr 49, poz. 447 z późn. zm.

⁶ Dz. U. z 1996 r. Nr 149, poz. 703 z późn. zm.

⁷ Tak J. Pieróg, *Zamówienia publiczne. Komentarz*, 5 wydanie, Warszawa, 2003 r., s. 288.

zamówienia żadnych postanowień w tej mierze nie zawiera, aby zgoda zamawiającego została udzielona po wyborze najkorzystniejszej oferty na wniosek wykonawcy, który taką ofertę złożył.

5. Jeżeli wykonawca wnosi zabezpieczenie w pieniądzu nie ma żadnego wpływu na to, jak będzie oprocentowane konto bankowe, na którym będą przechowywane. Jednocześnie zamawiający, działając w dobrej wierze, powinien starać się o to, aby oprocentowanie to było jak najkorzystniejsze.
6. Treść ust. 1 pkt 5 zmieniona została nowelizacją, dokonaną ustawą o zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw¹.

Art. 149 [Zmiana formy zabezpieczenia]

1. **W trakcie realizacji umowy wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1.**
2. **Za zgodą zamawiającego wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 2.**
3. **Zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.**

Przepisy, o których mowa w tym artykule z jednej strony służą interesom zamawiającego, z drugiej strony stwarzają takie warunki dla wykonawców, aby zabezpieczenie umowy było dla nich jak najmniej uciążliwe. Tak więc w odniesieniu do pieniędzy, poręczeń bankowych, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych i poręczeń, o których mowa w art. 148 ust. 1 pkt 5, wykonawca ma pełną swobodę zamiany jednej formy zabezpieczenia na drugą. W odniesieniu natomiast do form, o których mowa w ust. 2 tego artykułu wymagana jest zgoda zamawiającego. Wskazane jest, chociażby dla celów dowodowych, aby zgoda taka była udzielana na piśmie.

Art. 150 [Wysokość zabezpieczenia]

1. **Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.**
2. **Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.**

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 145, poz. 1537.

3. Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane.
 4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia.
 5. Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury.
 6. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.
1. Zamawiający może żądać, aby wykonawca przedstawił w ofercie cenę całkowitą, albo cenę lub ceny jednostkowe. W zależności od tego, jakie było jego żądanie w tej mierze, inny będzie punkt odniesienia sposobu ustalenia wysokości zabezpieczenia. Jakkolwiek to, jaka będzie wysokość wymaganego zabezpieczenia będzie wynikało z treści najkorzystniejszej oferty, punkt odniesienia dla ustalenia wysokości zabezpieczenia, jak i jego procentowa wartość w stosunku do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z umowy, powinny być przesądzone w specyfikacji (art. 36 ust. 1 pkt 20).
 2. W przypadku, gdy okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, komentowany przepis dopuszcza, aby za zgodą zamawiającego wykonawca w dniu podpisania umowy wniósł co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia, pod warunkiem uzupełnienia reszty przez potrącenie z należności za częściowo wykonane zamówienie. Przepis jednocześnie przesądza, że wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu na który została zawarta umowa.

Art. 151 [Zwrot zabezpieczenia]

1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane.
 2. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia.
 3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości.
1. Działając z należytą starannością zamawiający jest zobowiązany do weryfikowania, czy zamówienie zostało należycie wykonane. Jeżeli po wykonaniu zamówienia i jego odbiorze nie zgłasza roszczeń z tytułu rękojmi za wady, a jednocześnie nie udzielono gwarancji, wtedy jest zobowiązany zwrócić wykonawcy zabezpieczenie w całości, w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania go za należycie wykonane.

2. Po wykonaniu zamówienia mogą znaleźć zastosowanie przepisy dotyczące rękojmi za wady. Jakkolwiek zgodnie z art. 558 Kc jest generalnie dopuszczalne ograniczenie, a nawet wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi wydaje się, iż rzadko będzie istniało uzasadnienie dla takiego stanowiska, tym bardziej, że w przypadku udzielania zamówień publicznych zamawiający ma decydujący wpływ na treść umowy. Zgodnie z art. 568 Kc: „§ 1. *Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku – po upływie lat trzech, licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana.* § 2. *Upływ powyższych terminów nie wyłącza wykonania uprawnień z tytułu rękojmi, jeżeli sprzedawca wadę podstępnie zataił.* § 3. *Zarzut z tytułu rękojmi może być podniesiony także po upływie powyższych terminów, jeżeli przed ich upływem kupujący zawiadomił sprzedawcę o wadzie*”.
3. Tak jak roszczenia z tytułu rękojmi za wady wynikają z przepisów prawa, tak roszczenia z tytułu gwarancji jakości wynikają z dokumentu gwarancyjnego wystawionego przez gwaranta. Dokument ten może określać zakres odpowiedzialności. Art. 578 Kc stanowi: „jeżeli w gwarancji inaczej nie zastrzeżono, odpowiedzialność z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w sprzedanej rzeczy”. Wspomniany dokument powinien określać także okres gwarancji. Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy, niezależnie od uprawnień wynikających z gwarancji (art. 579 Kc). Zamawiający może narzucić jakie minimalne warunki powinna zawierać gwarancja, przy czym może to być jednym z kryteriów oceny ofert.

Dział V

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Rozdział 1

Zakres działania

Art. 152 [Prezes Urzędu]

- 1. Centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu.**
- 2. Nadzór nad Prezesem Urzędu sprawuje Prezes Rady Ministrów.**
- 3. Obsługę Prezesa Urzędu zapewnia Urząd.**
- 4. Organizację Urzędu określa statut nadany, w drodze zarządzenia, przez Prezesa Rady Ministrów.**

1. Centralne organy administracji rządowej są powoływane na mocy ustaw, działają na ich podstawie i w ramach określonych w nich kompetencji. Centralnym organem administracji rządowej jest Prezes Urzędu. Zgodnie z właściwością miejscową swoim działaniem obejmuje teren całego kraju. Według właściwości rzeczowej jest organem właściwym w sprawach zamówień publicznych, a zatem ma kompetencje do rozpoznawania i rozstrzygania spraw w tym obszarze. Zakres działania Prezesa Urzędu jest określony w przepisach o charakterze materialnoprawnym, przede wszystkim w Pzp, wydanych do niego aktach wykonawczych, a także w innych przepisach. Obowiązkiem prezesa, wynikającym z art. 19 Kpa jest przestrzeganie z urzędu swojej właściwości rzeczowej. Pzp nie określa trybu postępowania przed Prezesem Urzędu, także więc w tym przypadku mają zastosowanie właściwe przepisy Kpa, zgodnie z ogólną normą zawartą w art. 1 pkt 1 która stanowi, że reguluje on postępowanie „*przed organami administracji publicznej w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych*”. Podstawową zasadą, obowiązującą w postępowaniu przed Prezesem Urzędu, podobnie jak przed każdym innym organem administracji, jest zasada prawdy obiektywnej. Oznacza ona obowiązek dążenia do jak najpełniejszego ustalenia stanu faktycznego, który stanowi podstawę rozstrzygnięcia. Może ono nastąpić tylko wówczas, gdy okoliczności sprawy zostaną w pełni wyjaśnione w toku postępowania, prowadzonego przy zachowaniu pełnego obiektywizmu w ocenie tych okoliczności oraz dowodów. Ustawa o działach administracji rządowej¹ w art. 34 ust. 2 stanowi iż „*w sprawach indywidualnych decyzje centralnego organu administracji rządowej są ostateczne w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, chyba, że ustawa uprawnienia takie przyznaje ministrowi kierującemu określonym działem administracji rządowej*”.

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 159, poz. 1548, Nr 162, poz. 1568 i Nr 190, poz. 1864.

2. Przywrócony został stan prawny sprzed nowelizacji uzp, dokonanej ustawą o zmianie ustawy o organizacji i trybie pracy Rady Ministrów oraz o zakresie działania ministrów, ustawy o działach administracji rządowej oraz o zmianach niektórych ustaw¹, która z dniem 1 stycznia 2002 r. przyznawała nadzór nad Prezesem Urzędu ministrowi właściwemu do spraw administracji publicznej (Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Administracji). Obecnie więc, tak jak było od początku istnienia polskiego systemu zamówień publicznych, nadzór nad Prezesem Urzędu sprawuje Prezes Rady Ministrów. Konsekwentnie Urząd Zamówień Publicznych nie jest objęty zakresem żadnego z działów administracji rządowej, ustanowionych w ustawie o działach administracji rządowej² (art. 33a ust. 1). Jest to rozwiązanie gwarantujące Prezesowi Urzędu wysoką pozycję w strukturze organów administracji rządowej, ale przede wszystkim chroniące go przed możliwościami wpływania lub oddziaływania na podejmowane przez niego decyzje bądź czynności przez inne organy administracji. Jest to szczególnie istotne z uwagi na wprowadzone przez Pzp kompetencje w zakresie kontroli postępowań o zamówienia publiczne oraz prawa nakładania kar pieniężnych na podmioty spoza sektora finansów publicznych.
3. Urząd Zamówień Publicznych rozpoczął działalność z dniem wejścia w życie uzp, to znaczy 1 stycznia 1995 roku. Stanowi wyodrębnioną jednostkę organizacyjną administracji rządowej, która zapewniać ma realizację zadań przewidzianych w Pzp dla Prezesa Urzędu. W literaturze przyjęło się niezbyt fortunnie że jest to „aparat wykonawczy” Prezesa Urzędu. Bardziej trafne wydaje się określanie go jako „rządowego centrum polityki, legislacji, analiz, ekspertyz, dokumentacji i sprawozdawczości”³. Urząd działa na podstawie ustawy oraz Statutu nadanego mu zarządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 lipca 2002 r., który w § 2 stanowi, iż „zapewnia obsługę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (...) i działa zgodnie z jego zarządzeniami, wytycznymi, decyzjami i poleceniami oraz pod jego bezpośrednim nadzorem i kierownictwem”. Statut określa także strukturę organizacyjną Urzędu. Prezes kieruje Urzędem przy pomocy wiceprezesów, dyrektora generalnego oraz dyrektorów komórek organizacyjnych. Wewnętrzną organizację i zakres zadań komórek organizacyjnych oraz tryb pracy Urzędu określa Regulamin organizacyjny Urzędu, nadawany przez Prezesa Urzędu. Działalność Urzędu finansowana jest z budżetu państwa, a Prezes Urzędu, w części dotyczącej Urzędu, jest dysponentem budżetu pierwszego stopnia.

¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 154, poz. 1800.

² Tekst jednolity Dz. U. z 1999 r. Nr 82, poz. 928 z późn. zmianami.

³ Tadeusz Grzeszczyk, Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu. Biblioteka menedżera i bankowca. Warszawa 1995, s. 272.

Art. 153 [Tryb powołania i odwołania Prezesa]

1. Prezesa Urzędu powołuje Prezes Rady Ministrów spośród kandydatów wyłonionych w drodze otwartego konkursu.
 2. Prezesem Urzędu może być wyłącznie osoba, która spełnia następujące warunki:
 - 1) jest obywatelem polskim;
 - 2) posiada wyższe wykształcenie;
 - 3) posiada wiedzę o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych;
 - 4) cieszy się nieposzlakowaną opinią;
 - 5) korzysta z pełni praw publicznych;
 - 6) nie była prawomocnie skazana za przestępstwo umyślne.
 3. Prezes Urzędu jest powoływany na pięcioletnią kadencję i może być ponownie powołany tylko raz. Prezes Urzędu pełni obowiązki do dnia powołania jego następcy.
 4. Kadencja Prezesa Urzędu wygasa w razie jego śmierci albo odwołania.
 5. Prezes Rady Ministrów może odwołać Prezesa Urzędu w razie:
 - 1) rezygnacji ze stanowiska;
 - 2) utraty zdolności do pełnienia powierzonych obowiązków z powodu choroby trwającej co najmniej 6 miesięcy lub innej długotrwałej przeszkody uniemożliwiającej sprawowanie funkcji Prezesa Urzędu;
 - 3) skazania prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne;
 - 4) trwającego dłużej niż 6 miesięcy zawieszenia, o którym mowa w ust. 6;
 - 5) rażącego naruszenia ustawy.
 6. Prezes Rady Ministrów może zawiesić Prezesa Urzędu w pełnieniu obowiązków w razie postawienia mu zarzutu popełnienia przestępstwa umyślnego, powierzając pełnienie obowiązków Prezesowi Wiceprezesowi Urzędu.
 7. Okres zawieszenia, o którym mowa w ust. 6, trwa do czasu zakończenia postępowania karnego.
 8. W okresie zawieszenia Prezes Urzędu zachowuje prawo do wynagrodzenia.
 9. Członkiem komisji konkursowej może być wyłącznie osoba dająca rękojmię bezstronnego pełnienia funkcji w interesie publicznym.
 10. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, tryb przeprowadzania konkursu, o którym mowa w ust. 1, sposób powoływania komisji konkursowej oraz wymagania wobec jej członków, mając na względzie zapewnienie otwartego charakteru konkursu, obiektywizm wyboru kandydatów oraz jawność prac komisji konkursowej.
-
1. Regulacje zawarte w tym przepisie stanowią całkowitą nowość w polskim systemie zamówień publicznych, po raz pierwszy normując tryb powołania Prezesa Urzędu, warunki jakie musi spełniać osoba sprawująca tę funkcję, czas jej pełnienia, a także okoliczności w jakich Prezes może być odwołany. Uzp w art. 8 ust. 2 stwierdzała jedynie, że „Prezesa Urzędu powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów”. Kluczowe znaczenie mają w tym zakresie dwa rozwiązania: wyłanianie kandydatów na Prezesa w trybie otwartego konkursu oraz kadencyjność

sprawowania tej funkcji. Po pierwsze dlatego, że pozwalają na powierzenie tej funkcji na podstawie kryteriów merytorycznych, a nie jakichkolwiek innych, po drugie, że sprawowanie jej w okresie ustawowo określonej kadencji uniezależnia Prezesa Urzędu od konsekwencji zmian na krajowej scenie politycznej. Rozwiązanie to stanowi ważny element prowadzący do ukształtowania się nowoczesnego modelu administracji, apolitycznej, działającej kompetentnie i profesjonalnie. Powoływanie centralnego organu administracji rządowej w trybie konkursowym jest w polskich warunkach praktyką nową, zastosowaną dotychczas jedynie w stosunku do stanowiska Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹. Tak jak dotychczas, Prezesa Urzędu powołuje Prezes Rady Ministrów, ale wyłącznie spośród kandydatów wyłonionych w drodze otwartego konkursu. Prezes Rady Ministrów nie może zatem powierzyć funkcji Prezesa Urzędu innej osobie, niż wyłonionej w drodze konkursu (np. własnemu kandydatowi).

2. Kandydat na Prezesa Urzędu spełniać musi określone wymogi formalne. Są one oczywiste, a ich katalog, zawarty w ust. 2 nie jest zbyt obszerny i w żaden sposób nie ogranicza możliwości ubiegania się o to stanowisko. Obejmuje obowiązek posiadania obywatelstwa polskiego, wyższego wykształcenia, pełni praw publicznych oraz niekaralności za przestępstwo umyślne. Obok spełniania tych wymogów kandydat na Prezesa musi cieszyć się nieposzlakowaną opinią oraz posiadać wiedzę o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych. Ustalenie, czy warunki te są spełnione należy do komisji konkursowej. Przyjmując, że wszyscy kandydaci ubiegający się o to stanowisko spełniają będą wymogi formalne, a także cieszyć się nieposzlakowaną opinią niewątpliwie jest, że decydujące znaczenie mieć będzie kryterium merytoryczne, a dokładnie – znajomość systemu zamówień publicznych. Należy założyć, że największą szansę uzyskania nominacji mieć będzie kandydat, który wykaże się najlepszą wiedzą w tym zakresie. Stanowi to gwarancję, że Prezesem Urzędu nie zostanie osoba przypadkowa, desygnowana do pełnienia tej funkcji przy zastosowaniu innych kryteriów (np. politycznych). Warto zauważyć, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów² w stosunku do kandydata na stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, poza wymogiem posiadania wyższego wykształcenia, określa jedynie warunki o charakterze merytorycznym (wyróżnianie się wiedzą teoretyczną i doświadczeniem z zakresu gospodarki rynkowej oraz ochrony konkurencji i konsumentów – art. 24 ust. 2). Warunki określone dla kandydatów na Prezesa Urzędu nie zawierają wymogu posiadania doświadczenia, a jedynie „wiedzę o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych” (ust. 2 pkt 3), zapewne dlatego, aby nie ograniczyć ich kręgu wyłącznie do osób pracujących zawodowo w systemie zamówień publicznych, co mogłoby być rozumiane jako wymogi pracy w UZP.

¹ Dz. U. z 2000 r. Nr 122, poz. 1319 oraz z 2001 r. Nr 110, poz. 1189, Nr 154, poz. 1800.

² Dz. U. z 2000 r. Nr 122, poz. 1319 oraz z 2001 r. Nr 110, poz. 1189, Nr 154, poz. 1800.

3. Ustanowienie kadencyjności pełnienia funkcji Prezesa Urzędu jest logicznym dopełnieniem zasady wyłaniania go w trybie konkursowym. Jest też kolejnym elementem umocnienia pozycji Prezesa Urzędu i uniezależnienia go od zmian zachodzących w politycznych układach sprawowania władzy. Nie ogranicza to oczywiście w żaden sposób bieżącego nadzoru sprawowanego nad Prezesem Urzędu przez Prezesa Rady Ministrów oraz obowiązku Prezesa corocznego przedstawiania Radzie Ministrów sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych. Kadencja Prezesa Urzędu trwa pięć lat. Jest to okres, na jaki powoływany jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹, Szef Służby Cywilnej², Prezes Urzędu Regulacji Energetyki³, Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty⁴. Należy sądzić, że ustawodawca potwierdził w ten sposób słuszność rozwiązania przyjętego w odniesieniu do okresu kadencji centralnych organów administracji rządowej. Ma to swoje głębokie uzasadnienie, bowiem nie wiąże czasu kadencji tego organu z kadencją Sejmu, a zatem także z okresem działania wyłonionego przez ten Sejm rządu. Wręcz przeciwnie, obie kadencje wyraźnie się rozchodzą. Zmiana rządu nie będzie zatem powodowała, tak, jak to miało miejsce dotychczas, zmiany na stanowisku Prezesa Urzędu. Pozwoli to Prezesowi na programowanie, planowanie oraz realizowanie działań kierowanego przez niego Urzędu w dłuższych przedziałach czasowych, co niewątpliwie wpłynie na ich jakość i efektywność. Kadencja Prezesa Urzędu zaczyna się w dniu powołania go przez Prezesa Rady Ministrów i kończy w dniu powołania jego następcy, natomiast wygasa w razie jego śmierci lub odwołania. Możliwość pełnienia funkcji Prezesa ograniczona została do dwóch kadencji, a zatem jedna osoba będzie mogła kierować Urzędem najwyżej dziesięć lat.
4. Prezes Rady Ministrów przed upływem kadencji może odwołać Prezesa Urzędu wyłącznie w okolicznościach, określonych w ustawie. Decyzja ta, w odniesieniu do przesłanek odwołania nie ma zatem charakteru uznaniowego i nie może wynikać np. z określonej przez polityczne centra decyzyjne „potrzeby dokonania zmian” na kierowniczych stanowiskach państwowych. Od oceny konkretnej sytuacji przez Prezesa Rady Ministrów zależy jednakże, czy przy zaistnieniu tych okoliczności zdecyduje się odwołać ze stanowiska Prezesa Urzędu. A zatem tylko wówczas, gdy zaistnieje któraś z przesłanek określonych w przepisie Prezes Rady Ministrów może, ale nie musi, odwołać ze stanowiska Prezesa Urzędu. Jest to kolejne rozwiązanie, konsekwentnie zmierzające do stabilizowania funkcji Prezesa Urzędu i zapewnienia mu statusu fachowca, który nie może być powoływany oraz odwoływany w zależności od tego, kto aktualnie sprawuje rządy.
5. Oczywistą przesłanką odwołania Prezesa Urzędu jest rezygnacja zgłoszona przez osobę sprawującą to stanowisko, bowiem trudno jest wyobrazić sobie peł-

¹ Art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

² Art. 9 ust. 2 ustawy o służbie cywilnej, Dz. U. z 1999 r. Nr 49, poz. 483 z późn. zm.

³ Art. 21 ust. 2 ustawy Prawo energetyczne, Dz. U. z 1997 r. Nr 54, poz. 348 z późn. zm.

⁴ Art. 109 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. z 2000 r. Nr 73, poz. 852 z późn. zm.

nienie go wbrew własnej woli. Równie oczywiste jest odwołanie Prezesa w przypadku skazania go prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne. Art. 7 § 1 Kk stanowi, że „*przestępstwo umyślne zachodzi wtedy, gdy sprawca ma zamiar popełnienia czynu zabronionego, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi*”. Kolejną przesłankę stanowi utrata zdolności do pełnienia obowiązków, po pierwsze z powodu choroby trwającej dłużej niż 6 miesięcy, po drugie z powodu innej długotrwałej przeszkody. Mamy tu do czynienia z dwoma elementami – a) „*utratą zdolności do pełnienia obowiązków*”, czyli faktyczną niemożliwością wykonywania funkcji Prezesa Urzędu, b) niemożliwość ta musi występować w określonym czasie. Uniemożliwić wykonywanie obowiązków może choroba wymagająca np. pobytu w szpitalu, ale także pobyt w areszcie śledczym, izolacja z powodów zdrowotnych (kwaran-tanna), zaginięcie. W odniesieniu do choroby ustawodawca określił termin minimalny, skutkujący możliwością odwołania Prezesa, natomiast w odniesieniu do „*innych przeszkód*” posłużył się terminem „*długotrwałe*”. Powinny to być zatem przeszkody występujące w długim przeciągu czasu („*długookresowe*”), z pewnością znacznie dłużej niż przez pół roku. Jeśli na podstawie niektórych przepisów, jak chociażby prawa pracy czy ubezpieczeń społecznych można przyjąć, że dolna granica terminu „*długotrwały*” lokuje się powyżej sześciu miesięcy, określenie po jakim okresie występowania tej przesłanki skutkuje ona możliwością jej zastosowania jest praktycznie niemożliwe. W każdym przypadku zależeć to musi od wieloaspektowej oceny konkretnego stanu faktycznego, a zwłaszcza sytuacji w jakiej znalazł się Prezes oraz zagrożeń dla normalnego funkcjonowania Urzędu, jakie powoduje niemożność wykonywania przez niego obowiązków.

6. Ocena zaistniałych okoliczności jest szczególnie istotna w odniesieniu do kolejnej przesłanki wymienionej w tym przepisie, a mianowicie rażącego naruszenia ustawy przez Prezesa. Ustawodawca świadomie odniósł termin „*rażące naruszenie*” do całej ustawy, a nie do jej poszczególnych przepisów, bowiem w takim przypadku np. wydanie przez Prezesa (urzędników działających z jego upoważnienia) decyzji administracyjnej z rażącym naruszeniem prawa, co zgodnie z art. 156 § 1 pkt 2 Kpa stanowi przesłankę nieważności decyzji¹, skutkowałoby także możliwością odwołania Prezesa Urzędu. Rażące naruszenie ustawy potraktować zatem należy jako swoistą klauzulę generalną i odnosić do fundamentalnych zasad na jakich oparte jest Pzp. Istotne znaczenie miałyby przy tym nie tylko ocena samego naruszenia zasad ustawowych, ale także skutków, które to naruszenie spowodowało bądź powoduje. W piśmiennictwie, odnosząc się do problemu oceny, czy nastąpiło rażące naruszenie prawa wymienia się następujące elementy: „*ocenę skutków społeczno-gospodarczych naruszenia prawa wskazującą na niemożność ich pogodzenia z wymaganiami praworządności, powstanie skutków naruszenia prawa niemożliwych do zaakceptowania z punktu widzenia praworządności, powodowanie naruszeniem prawa skutków nie do*

¹ Art. 156 § 1 Organ administracji publicznej stwierdza nieważność decyzji która: (...) 2) wydana została bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa.

pogodzenia z wymaganiami praworządności, które to wymagania trzeba chronić kosztem trwałości decyzji, naruszenie prawa jako następstwo zaniedbań lub naruszenia obowiązków służbowych funkcjonariusza (...)”¹. Wyrok NSA z dnia 25 listopada 1997 r. (III SA 1201/96) stwierdza, że z rażącem naruszeniem prawa mamy do czynienia wtedy, gdy „uchylenie prawa ma charakter oczywisty, jasny i bezsporny, nie dopuszczający możliwości odmiennej wykładni.”

7. Prezes Rady Ministrów może zawiesić Prezesa Urzędu, jeśli postawiony mu zostanie zarzut popełnienia przestępstwa umyślnego. Okres zawieszenia trwa do czasu zakończenia toczącego się postępowania karnego. Podobnie jak w przypadku odwołania zawieszenie stanowi możliwość, a nie obowiązek. Zarówno ocena sytuacji jak i decyzja w tej sprawie pozostawione zostały Prezesowi Rady Ministrów. Możliwość zwrócenia się z wnioskiem w tej sprawie ma także sam Prezes Urzędu jeśli uzna, iż dla dobra toczącego się przeciwko niemu postępowania, do czasu jego zakończenia, powinien być odsunięty od wykonywania obowiązków. Intencją przyjęcia tego przepisu było uchronienie się przed sytuacją, w której wysokiemu urzędnikowi państwowemu, którego funkcja wymaga szczególnego społecznego zaufania, postawiono zarzut popełnienia przestępstwa, a do czasu ostatecznego załatwienia sprawy nie ma prawnych możliwości odsunięcia go od wykonywania obowiązków służbowych. Postawienia zarzutu popełnienia przestępstwa nie można było uznać za przesłankę odwołania, bowiem stanowiłoby to faktyczne przesądzenie wyniku postępowania karnego, zanim uczyni to właściwy sąd. Dlatego też, jak wcześniej powiedziano, przesłankę taką stanowi dopiero prawomocny wyrok. Jednakże ustawodawca uczynił w tej zasadzie pewien wyłom. Jeśli zawieszenie Prezesa Urzędu spowodowane postawieniem mu zarzutu przestępstwa umyślnego trwa dłużej niż sześć miesięcy, Prezes Rady Ministrów może go odwołać. Należy domniemywać, że rozwiązanie to podyktowane zostało obawą, iż trwające wiele miesięcy postępowanie karne, a następnie długotrwałe postępowanie sądowe powodowałoby, iż stan zawieszenia Prezesa Urzędu w pełnieniu obowiązków trwałby bardzo długo. Jednakże wydaje się to nieuzasadnione, bowiem sytuacja taka wyczerpywałaby przesłankę odwołania Prezesa, zawartą w pkt 2 ust. 5 (długotrwała niezdolność do pełnienia obowiązków z powodu „innej przeszkody”). W okresie zawieszenia Prezesa obowiązki kierowania Urzędem Prezes Rady Ministrów powierza Wiceprezesowi Urzędu.
8. Uregulowanie kwestii związanych z konkursem na kandydatów na Prezesa Urzędu ustawa odsyła do aktu wykonawczego, określając jedynie trzy warunki: konkurs ma mieć charakter otwarty, ma być zapewniony obiektywizm wyboru kandydatów oraz jawność prac komisji konkursowej. Jednocześnie bliżej nie określa wymogów w stosunku do członków tej komisji, poza ogólnym stwierdzeniem, że powinni dawać rękojmię bezstronnego pełnienia tej funkcji w interesie

¹ B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. 5. wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2003, s. 720.

społecznym. Nie muszą zatem np. legitymować się wiedzą lub doświadczeniem w zakresie funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Zgodnie z tą delegacją wydane zostało rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie trybu przeprowadzania konkursu na kandydatów na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, sposobu powoływania komisji konkursowej oraz wymagań wobec jej członków¹. Określa ono najistotniejsze terminy wykonywania poszczególnych czynności związanych z konkursem oraz tryb ich prowadzenia, a także podawania do publicznej wiadomości ich wyników. Ogłoszenie o konkursie musi być zamieszczone w dzienniku ogólnopolskim oraz na stronach internetowych Kancelarii Prezesa Rady Ministrów i Urzędu Zamówień Publicznych, natomiast o wynikach konkursu wyłącznie na stronach internetowych tych instytucji. Słusznie nie został przesadzony czas trwania konkursu, jednakże Szef Kancelarii Premiera ogłaszając konkurs musi podać datę jego rozpoczęcia i zakończenia. Trudno przesądzać jaki jest optymalny okres jego przeprowadzenia, a zatem czym powinien kierować się Szef KPRM określając te daty. Niewiele w tym pomogą terminy przyjęte w rozporządzeniu, np. nie mniej niż 14 dni na składanie zgłoszeń przez kandydatów, 7 dni na powiadomienie kandydatów o dopuszczeniu lub odmowie dopuszczenia do drugiego etapu, czy 7 dni na przekazanie Prezesowi Rady Ministrów uchwały komisji konkursowej wraz z dokumentacją przebiegu konkursu. Konkurs składa się z dwóch etapów, przy czym warunkiem przeprowadzenia drugiego etapu jest dopuszczenie do niego co najmniej dwóch kandydatów. Z oczywistych względów, nie tylko formalnych, decydujące znaczenie ma etap drugi, który stanowi rozmowa kwalifikacyjna. Podczas jej trwania kandydaci prezentują swoją wiedzę na temat funkcjonowania systemu zamówień publicznych, koncepcję sprawowania funkcji Prezesa Urzędu (kierowania Urzędem) oraz plany dotyczące działania i rozwoju Urzędu.

Art. 154 [Kompetencje]

Prezes Urzędu:

- 1) opracowuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień;**
- 2) podejmuje rozstrzygnięcia w indywidualnych sprawach przewidzianych ustawą;**
- 3) wydaje Biuletyn Zamówień Publicznych, w którym publikuje ogłoszenia przewidziane ustawą;**
- 4) prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestów wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia;**
- 5) prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej;**
- 6) zapewnia funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej;**

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 56, poz. 546.

- 7) opracowuje programy szkoleń, organizuje oraz inspiruje szkolenia z zakresu zamówień;
- 8) przygotowuje i upowszechnia przykładowe kryteria oceny merytorycznego poziomu szkoleń;
- 9) na wniosek podmiotu prowadzącego szkolenie dokonuje oceny spełniania przez ten podmiot kryteriów, o których mowa w pkt 8, oraz upowszechnia jej wyniki;
- 10) upowszechnia przykładowe wzory umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień;
- 11) czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą;
- 12) upowszechnia zasady etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień;
- 13) dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego;
- 14) prowadzi współpracę międzynarodową w sprawach związanych z zamówieniami;
- 15) dokonuje analiz funkcjonowania systemu zamówień;
- 16) opracowuje i przedstawia Radzie Ministrów oraz Komisji Europejskiej roczne sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień.

1. Podobnie jak w ustawie o zamówieniach publicznych komentowany artykuł enumeratywnie wylicza kompetencje Prezesa Urzędu, z których wynika zakres jego działania. Łatwo zauważyć, że obok tych, które „przeszły” z poprzedniej ustawy pojawiło się kilka nowych, wynikających z nowych obowiązków zapisanych w prawie europejskim, ale także takich, których brak dał się wyraźnie odczuć w poprzednim okresie. Nadając temu artykułowi taką formę redakcyjną, (bez zwrotu „w szczególności”) ustawodawca przesądził, że jest to katalog zamknięty, wyczerpujący wszystkie obowiązki oraz możliwości działania Prezesa. Zdecydowana większość spośród nich znajduje swój skonkretyzowany wyraz w innych przepisach ustawy, dotyczących czynności lub działań prezesa, np. wydawania decyzji administracyjnych, prowadzenia listy arbitrów, organizacji posiedzeń zespołów arbitrów itp.
2. Analiza blisko dziesięcioletniego okresu obowiązywania poprzedniej ustawy pozwala na stwierdzenie, że kompetencje Prezesa Urzędu określone zostały w sposób wyczerpujący i obejmują wszystkie te dziedziny oraz obszary, w których powinien on być obecny, nie tylko jako organ administracji rządowej posiadający uprawnienia władcze (decyzyjne), ale także jako organizator lub inicjator określonych działań. Decyduje to o charakterze funkcji Prezesa Urzędu, a także, co się z tym wiąże, w znacznym stopniu przesądza o sposobie jej sprawowania. W świetle tego Prezes Urzędu to nie tylko organ administracji, ale także „organizator” bądź „moderator” systemu zamówień publicznych. Wydaje się

to rozwiązaniem słusznym, przede wszystkim dlatego, że takie rozumienie funkcji Prezesa Urzędu potwierdza praktyka minionego okresu. Po pierwszych latach wdrażania uzp i budowy systemu zamówień publicznych, kiedy Prezes Urzędu siłą rzeczy musiał być organizatorem i kierownikiem tego procesu wydawało się, iż kolejne lata powinny przynieść zdecydowane przesunięcie punktu ciężkości z „organizowania” na administrowanie. Jednakże postępujący rozwój systemu zamówień publicznych, zwiększanie się jego zakresu podmiotowego i przedmiotowego, a także rozszerzanie się rynku zamówień publicznych wymuszały te działania. Przy braku umocowania prawnego z niektórych, sprawdzonych form działania trzeba było zrezygnować (np. z funkcji „trenera” i listy osób pełniących tę funkcję) z dużą szkodą dla systemu.

3. Kompetencje Prezesa Urzędu obejmują przede wszystkim następujące dziedziny: legislację, wydawanie aktów administracyjnych indywidualnych, kontrolę, zabezpieczanie funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej, monitorowanie systemu zamówień, prowadzenie współpracy międzynarodowej, a także kształtowanie prawidłowej praktyki działania zamawiających i wykonawców.
4. Szczególnie istotne są uprawnienia w zakresie legislacji (pkt. 1), bowiem to Prezes Urzędu przygotowywał i przedstawiał Radzie Ministrów projekty większości zmian w ustawie o zamówieniach publicznych, a także projekt Prawa zamówień publicznych. Był także autorem projektów aktów wykonawczych wydanych zarówno do ustawy o zamówieniach publicznych jaki i do Pzp. Od propozycji rozwiązań jakie są w nich zawarte, a które stanowią podstawę rozstrzygnięć podejmowanych przez uprawnione do tego organy w dużej mierze zależy funkcjonowanie systemu zamówień. Ma to duże znaczenie zwłaszcza w kontekście obowiązku dbania o zgodność przepisów dotyczących zamówień publicznych z normami prawa europejskiego.
5. Na podkreślenie zasługują nowe kompetencje Prezesa Urzędu, których nie przewidywała uzp. Należą do nich uprawnienia kontrolne (pkt. 11), które ustawodawca określił jako „czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień” (patrz komentarz do art. 161), dokonywanie analiz funkcjonowania systemu zamówień (pkt 15), upowszechnianie zasad etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień (pkt 12), a także przygotowywanie i upowszechnianie przykładowych kryteriów oceny merytorycznego poziomu szkoleń (pkt 8) oraz dokonywanie, na wniosek zainteresowanego podmiotu, oceny spełniania przez niego tych kryteriów (pkt 9). Te ostatnie uprawnienia są szczególnie ważne wobec coraz większego znaczenia procesu edukacji uczestników systemu zamówień oraz bardzo zróżnicowanego poziomu usług szkoleniowych oferowanych przez firmy, zajmujące się tą działalnością.
6. Prawną formą działania Prezesa Urzędu jest wydawanie aktów administracyjnych indywidualnych, a mianowicie decyzji i postanowień. Obok tego Prezes Urzędu wykonuje czynności materialno – techniczne oraz prowadzi działania

o charakterze niewładczym. Prezes Urzędu wydaje decyzje administracyjne m. in. w następujących sprawach: wyrażenia zgody na zastosowanie innego trybu niż przetarg nieograniczony i ograniczony – negocjacji z ogłoszeniem (art. 55 ust. 2), negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2), zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 2), wyrażenia zgody na zawarcie umowy na okres dłuższy niż trzy lata (art. 142 ust. 2), wyrażenia zgody na podpisanie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 182 ust. 3), wpisu oraz skreślenia z listy arbitrów (art. 173 ust. 2 i ust. 8), wpisu, skreślenia lub odmowy wpisu na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 4), nałożenia kary administracyjnej (art. 202 ust. 1), natomiast postanowienia m. in. w następujących sprawach: wyłączenia albo odmowy wyłączenia arbitra (art. 186 ust. 4), wyłączenia pracownika UZP od udziału w kontroli (art. 162 ust. 3), zwrotu odwołania (185 ust. 3). Do czynności materialno-technicznych Prezesa Urzędu zaliczyć należy m. in.: wydawanie Biuletynu Zamówień Publicznych (art. 154 pkt 3), prowadzenie i ogłaszanie listy arbitrów oraz gromadzenie i przetwarzanie ich danych osobowych (art. 172. ust. 1–3), prowadzenie i ogłaszanie listy organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 2–5), opracowywanie i przedstawianie Radzie Ministrów oraz Komisji Europejskiej rocznego sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych (art. 154 pkt 16). Działaniami Prezesa Urzędu o charakterze niewładczym są m. in.: opracowywanie programów szkoleń, organizacja i inspiracja szkoleń, przygotowywanie i upowszechnianie przykładowych kryteriów oceny merytorycznego poziomu szkoleń oraz dokonywanie na wniosek podmiotu prowadzącego szkolenia oceny spełniania przez nie tych kryteriów (art. 154 pkt 7–9), upowszechnianie przykładowych wzorców umów, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień (art. 153 pkt 10).

Art. 155 [Wiceprezesa Urzędu]

- 1. Prezes Urzędu wykonuje zadania wynikające z ustawy przy pomocy nie więcej niż dwóch Wiceprezesów Urzędu.**
 - 2. Wiceprezesów Urzędu powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu. Do Wiceprezesa Urzędu stosuje się przepis art. 153 ust. 2.**
1. Przepis ten rozstrzyga dwie istotne kwestie. Po pierwsze ustanawia funkcję wiceprezesa Urzędu, po drugie przesądza, że nie może ich być więcej niż dwóch. Na przestrzeni ostatnich lat regulacja ta przechodziła swoistą ewolucję – od niczym nieograniczonej liczby wiceprezesów (zastępców prezesa), poprzez stwierdzenie, że „prezes kieruje Urzędem przy pomocy zastępcy prezesa” co oznaczało, że musi być jeden zastępca, do obecnego, wyraźnego ograniczenia do maksymalnie dwóch. Najprawdopodobniej rozwiązanie to zostało podyktowane obawą przed nadmiernym rozrostem liczby stanowisk kierowniczych w Urzędzie, jednakże niezależnie od intencji wydaje się ono kontrowersyjne. Pozbawia

Prezesa Rady Ministrów możliwości decydowania, w zależności od sytuacji i występujących potrzeb związanych z realizacją ustawowych obowiązków, o wielkości i składzie kierownictwa Urzędu.

2. Zadaniem wiceprezesów jest „pomoc” Prezesowi Urzędu w wykonywaniu zadań przewidzianych ustawą. Działają oni z upoważnienia prezesa i w zakresie, jakiego dotyczy to upoważnienie. Mogą np. podejmować decyzje administracyjne lub prowadzić działania, ustawowo przypisane centralnemu organowi administracji rządowej. Zakres ich kompetencji powinien być określony w Regulaminie wewnętrznym Urzędu, a upoważnienie do podejmowania decyzji lub wykonywania określonych czynności dokonane przez Prezesa Urzędu w formie pisemnej, z oznaczeniem czasu, na jaki zostaje udzielone.
3. Podobnie jak prezesa, wiceprezesów powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów. Dokonuje tego jednakże na wniosek Prezesa Urzędu. Oznacza to, że Prezes Urzędu posiada prawo inicjatywy w odniesieniu do powołania i odwołania wiceprezesów, a zatem ma istotny wpływ zarówno na personalną obsadę tych stanowisk, jak i na termin powołania lub odwołania osób, sprawujących tę funkcję. Bez stosownego wniosku w tych sprawach ze strony Prezesa Urzędu Prezes Rady Ministrów nie może podjąć decyzji dotyczących obsady stanowisk wiceprezesów. Powstaje pytanie, w jakim przypadku Prezes Rady Ministrów może odmówić powołania kandydata zaproponowanego przez Prezesa Urzędu. Wydaje się że tylko wówczas, gdy nie odpowiada on warunkom, określonym w art. 153 ust. 2. Wystarczającym powodem negatywnej decyzji jest niespełnienie jednego spośród nich.
4. Kryteria, jakie musi spełniać wiceprezes Urzędu są takie same, jak w odniesieniu do Prezesa Urzędu, a mianowicie: obywatelstwo polskie, wyższe wykształcenie, pełnia praw publicznych, nieposzlakowana opinia, niekaralność za przestępstwo umyślne oraz wiedza o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych. Wniosekując o powołanie wiceprezesa, Prezes Urzędu zadbać musi, aby wypełniał on wszystkie te kryteria, natomiast ocena, czy odpowiada im proponowany na to stanowisko kandydat należy do Prezesa Rady Ministrów.

Art. 156 [Środki specjalne]

1. Tworzy się środki specjalne Urzędu, zwane dalej „środkami specjalnymi”.
2. Środki specjalne są tworzone z następujących źródeł:
 - 1) wpisów uiszczonych przez odwołujących się;
 - 2) wpłat uczestników postępowania odwoławczego z tytułu różnicy wpisu i kosztów orzeczonych przez zespoły arbitrów rozpatrujących odwołania;
 - 3) odsetek od środków, o których mowa w pkt 1 i 2.
3. Ze środków specjalnych są finansowane:
 - 1) wynagrodzenia arbitrów;

- 2) zwrot wydatków należnych arbitrom;
 - 3) zwrot wpisu;
 - 4) wydatki Urzędu związane z postępowaniami odwoławczymi;
 - 5) wydatki związane ze szkoleniem arbitrów.
4. Ze środków specjalnych pochodzących ze źródeł, o których mowa w ust. 2 pkt 3, mogą być finansowane ponadto koszty postępowań sądowych zasądzone od Prezesa Urzędu w związku z wykonywaniem przez niego uprawnień wynikających z ustawy oraz inne koszty funkcjonowania kontroli i systemu środków ochrony prawnej.
1. Zgodnie z art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy o finansach publicznych¹ środki specjalne są środkami finansowymi, gromadzonymi przez jednostki budżetowe na wyodrębnionych rachunkach bankowych na podstawie odrębnych ustaw oraz uchwał organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego. Zgodnie z tą regulacją środki specjalne Urzędu tworzone są z trzech źródeł: wpisów wnoszonych przez odwołujących się, wpłat uczestników postępowania z tytułu różnicy pomiędzy kwotą wpisu a kosztami orzeczonymi przez zespół arbitrów oraz odsetek bankowych od środków, pozostających na koncie środków specjalnych. Jest to katalog zamknięty i żadne inne wpływy, pochodzące z jakichkolwiek innych źródeł, nie mogą zasilać środka specjalnego Urzędu.
 2. Środki specjalne przeznacza się na cele wskazane w ustawie lub uchwale, na podstawie której je utworzono (art. 21 ust. 2 pkt 1 ustawy o finansach publicznych). Ustawodawca przesądził, że środki specjalne Urzędu mogą być przeznaczone tylko i wyłącznie na cele związane z funkcjonowaniem systemu odwoławczego. Pierwszym i podstawowym jest obsługa finansowa, a dokładniej rozliczanie kosztów związanych z posiedzeniami zespołów arbitrów², drugim – szkolenie, a więc podnoszenie kwalifikacji arbitrów wpisanych na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu. Możliwość wydatkowania środków w tym zakresie enumeratywnie określa ust. 3 komentowanego artykułu co oznacza, że na jakikolwiek inny cel środki specjalne nie mogą być przeznaczane. Nie można zatem finansować z tych środków np. nagród dla pracowników Urzędu lub jakichkolwiek innych wydatków Urzędu, niezwiązanych z postępowaniami odwoławczymi.
 3. Wyjątkiem od tej generalnej zasady jest możliwość finansowania, ale wyłącznie ze środków pochodzących z odsetek bankowych od kwot, pozostających na koncie środków specjalnych Urzędu kosztów postępowań sądowych zasądzonych od Prezesa Urzędu w związku z wykonywaniem przez niego uprawnień wynikających z ustawy oraz inne koszty funkcjonowania kontroli i systemu środków

¹ Dz. U. z 1998 r. Nr 155, poz. 1014 z późn. zm.

² Szczegółowe zasady rozliczania kosztów reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym, Dz. U. z 2004 r. Nr 49, poz. 468.

ochrony prawnej. Mogą to być np. koszty związane z wystąpieniem przez prezesa do sądu o stwierdzenie nieważności umowy lub ze skargą na wyrok zespołu arbitrów, a także koszty związane z postępowaniami sądowymi, w których stroną pozwaną jest Prezes Urzędu.

Rozdział 2

Rada Zamówień Publicznych

Art. 157 [Kompetencje]

- 1. Tworzy się Radę Zamówień Publicznych, zwaną dalej „Radą”, która jest organem doradczo-opiniodawczym Prezesa Urzędu.**
- 2. Rada w szczególności:**
 - 1) wyraża opinie w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu;**
 - 2) opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień;**
 - 3) opiniuje roczne sprawozdania Prezesa Urzędu o funkcjonowaniu systemu zamówień;**
 - 4) ustala zasady etyki zawodowej osób wykonujących określone w ustawie zadania w systemie zamówień.**

1. Rada Zamówień Publicznych zastąpiła istniejące do dnia wejścia w życie Pzp Kolegium Urzędu Zamówień Publicznych¹. Podobnie jak Kolegium Rada jest organem doradczo-opiniodawczym Prezesa Urzędu. Jednakże wyłącznie do tego sprowadza się podobieństwo regulacji, zawartych w tych ustawach. Uzp nie określała ani kompetencji, ani zakresu działania Kolegium, ani liczby członków wchodzących w jego skład oraz zasad ich powoływania. Ustawodawca pozostawił to do rozstrzygnięcia przez Prezesa Urzędu, a w odniesieniu do składu osobowego – do decyzji organu uprawnionego do powoływania członków Kolegium. Lukę prawną w tym zakresie starały się zastąpić zapisy w Statucie Urzędu² oraz w Regulaminie Kolegium nadanym zarządzeniem Prezesa Urzędu, ale przede wszystkim praktyka ukształtowana dziewięcioletnim okresem działalności Kolegium. Należy sądzić, że to właśnie te doświadczenia przesądziły zarówno o ustanowieniu Rady Zamówień Publicznych, jak i o treści odnoszących się do niej regulacji, które znalazły się w Pzp. Przy braku jakichkolwiek innych organów doradczych, bądź możliwości korzystania z doradztwa zawodowego, istnienie takiego ciała wydaje się niezbędne. Tym bardziej, że system zamówień publicznych obejmuje obszar bardzo ważny dla funkcjonowania państwa, w którego zasięgu jest wiele problemów o dużej wrażliwości społecznej, a rola i zadania Prezesa Urzędu nie ograniczają się wyłącznie do czynności administracyjnych.

¹ Art. 10 ustawy o zamówieniach publicznych.

² Zarządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 lipca 2002 r. M. P. Nr 34, poz. 537.

2. Rada Zamówień Publicznych nie ma żadnych uprawnień władczych czy decyzyjnych zarówno w odniesieniu do Prezesa Urzędu, jak i do któregośkolwiek z obszaru systemu zamówień publicznych. Określone w ust. 2 kompetencje Rady odnoszą się do najważniejszych problemów związanych z jego funkcjonowaniem oraz działalnością Prezesa Urzędu, nie stanowią jednakże katalogu zamkniętego. Wyraźnie wskazuje na to komentowany przepis mówiąc, że Rada wyraża opinie w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, przedstawionych jej przez Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu musi zatem zdecydować, które ze spraw są na tyle ważne, że powinny uzyskać opinię Rady. Aby nie było wątpliwości najważniejsze spośród nich określił sam ustawodawca. Jest to opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących zamówień oraz rocznego sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych, a także ustalanie zasad etyki zawodowej osób wykonujących zadania określone w ustawie. Trudno się z tym nie zgodzić, powstaje jednakże pytanie, czy takie określenie kompetencji Rady rodzi dla Prezesa Urzędu obowiązek zasięgnięcia opinii, czy jest to tylko jego prawo. Zważywszy na *ratio legis* ustanowienia Rady i rangę nadaną jej przez ustawodawcę należy przyjąć, że Prezes Urzędu ma obowiązek zasięgnięcia opinii Rady przed przedłożeniem Radzie Ministrów projektów aktów normatywnych oraz sprawozdania z funkcjonowania systemu. Podobnie przyjąć należy, że ma obowiązek zasięgnięcia opinii Rady w innych „istotnych” sprawach, choć trudno w tym miejscu przesądzić, jakie należy do tej kategorii zaliczyć. Natomiast wyłączną kompetencją Rady jest ustalanie zasad etyki zawodowej, co odnieść należy niewątpliwie przede wszystkim do arbitrów wpisanych na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu. Jest to rozwiązanie słuszne, bowiem od dawna odczuwany był brak jakichkolwiek uregulowań w tym zakresie, przy wyraźnych różnicach poglądów dotyczących organu, który miałby je wydać.

Art. 158 [Tryb powołania]

1. **W skład Rady wchodzi od 10 do 15 członków powoływanych przez Prezesa Rady Ministrów.**
2. **Uprawnionymi do zgłaszania kandydatów są w szczególności kluby parlamentarne, ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego oraz ogólnokrajowe organizacje przedsiębiorców.**
3. **Prezes Rady Ministrów powołuje członków Rady spośród osób, które:**
 - 1) są obywatelami polskimi;
 - 2) korzystają z pełni praw publicznych;
 - 3) **nie były karane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych;**
 - 4) **posiadają wiedzę i autorytet dające rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady.**
4. **Prezes Rady Ministrów powołuje spośród osób, o których mowa w ust. 1, przewodniczącego Rady. Rada wybiera wiceprzewodniczącego Rady ze swojego grona.**

5. Członkom Rady przysługuje wynagrodzenie za udział w pracach Rady.

6. Tryb pracy Rady określa regulamin przyjęty przez Radę.

1. Rada Zamówień Publicznych jest organem który musi zostać utworzony. Jej członków powołuje Prezes Rady Ministrów. Oznacza to, że prezes Urzędu nie ma, tak jak w odniesieniu do powoływanych członków Kolegium, prawa przedstawiania kandydatów, nie ma też możliwości wypowiedzania się czy opiniowania kandydatów wskazanych przez Prezesa Rady Ministrów. Można zatem przyjąć, że jest to organ całkowicie niezależny od Prezesa Urzędu, działający na mocy decyzji szefa rządu w ramach uprawnień określonych w Pzp. Przesądza to o wysokiej randze Rady Zamówień Publicznych. Liczebność Rady musi się zamykać w granicach 10–15 osób. W stosunku do Kolegium przepisy uzp nie określały liczby członków, pozostawiając to do uznania Prezesa Urzędu oraz organu powołującego, przy czym Kolegium, które zakończyło swoją działalność wraz z wejściem w życie Pzp tworzyło 18 osób. Praktyka najbliższych lat pokaże zapewne, czy określona w komentowanym przepisie wielkość Rady odpowiada zadaniom, jakie ma do wypełnienia.
2. Ustawodawca nie przesądził, jaki ma być skład Rady, jednakże w trosce o jej należyłą reprezentatywność wskazał, jakie podmioty są w szczególności uprawnione do zgłaszania kandydatów: kluby parlamentarne, ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego oraz ogólnokrajowe organizacje przedsiębiorców. Jest to wskazanie słuszne, uwzględniające te środowiska, które są szczególnie zainteresowane prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych, choć z całą pewnością trudno byłoby ograniczyć skład Rady wyłącznie do ich reprezentantów. Należy zwrócić uwagę, że uprawnienie do zgłaszania kandydatów przypisane zostało określonym podmiotom, które, jeśli są zainteresowane wykorzystaniem go, powinny dokonać zgłoszenia z własnej inicjatywy. Prezes Rady Ministrów może natomiast, jeśli uzna to za potrzebne, zwrócić się do wszystkich bądź niektórych z wymienionych w ustawie podmiotów o wskazanie kandydatów, którzy byliby brani pod uwagę przy powoływaniu członków Rady. Jednakże wskazanie takie żadną miarą nie może być uznawane za wiążące. Spośród członków Rady Prezes Rady Ministrów powołuje przewodniczącego, natomiast wiceprzewodniczącego wybiera sama Rada ze swego grona.
3. Określone zostały kryteria, jakie spełniać muszą członkowie Rady Zamówień Publicznych. Jest to kolejne novum, bowiem regulacji takiej nie zawierały przepisy dotyczące Kolegium Urzędu. Należy zwrócić uwagę, że jest wśród nich wymóg posiadania wiedzy i autorytetu dającego rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady. A zatem członkami Rady mogą być wyłącznie osoby nie tylko dobrze znające funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, ale także o dużym autorytecie. Biorąc pod uwagę kompetencje oraz zakres zadań stojących przed Radą oraz ustawową rangę tego organu jest to rozwiązanie jak najbardziej słuszne. Obok komentowanego wyżej wymogu reprezentatywności zapewnia, że Rada będzie organem kompetentnym i autorytatywnym.

4. Za udział w pracach Rady jej członkom przysługuje wynagrodzenie. Nie jest to jednakże wynagrodzenie wypłacane na podstawie umowy o pracę lub jakiegokolwiek umowy cywilnoprawnej. Członkom Rady przysługują niewielkie kwoty, w części rekompensujące utracone zarobki za czas poświęcony na pracę w Radzie oraz, w odniesieniu do osób zamiejscowych, koszty przyjazdu i pobytu w Warszawie. Zgodnie z delegacją zawartą w art. 160 Pzp kwestie tą uregulował w drodze rozporządzenia Prezes Rady Ministrów¹. Za udział w posiedzeniu wynagrodzenie przewodniczącego Rady wynosi 500 zł., wiceprzewodniczącego 400 zł., pozostałych członków Rady – 300 zł.

Art. 159 [Kadencja]

- 1. Kadencja Rady upływa wraz z upływem kadencji Prezesa Urzędu.**
- 2. Członkostwo w Radzie wygasa w przypadku upływu kadencji Rady, śmierci członka Rady, jego odwołania albo rezygnacji.**
- 3. Prezes Rady Ministrów odwołuje członka Rady, jeżeli przestał on odpowiadać jednemu z warunków określonych w art. 158 ust. 3 pkt 1–3, a na wniosek Prezesa Urzędu w razie:**
 - 1) niewykonywania obowiązków członka Rady;**
 - 2) utraty autorytetu dającego rękojmię prawidłowej realizacji zadań Rady;**
 - 3) choroby uniemożliwiającej sprawowanie funkcji członka Rady.**
1. Rada Zamówień Publicznych działa w okresie kadencyjnym. Jej kadencja została związana z kadencją Prezesa Urzędu, a zatem trwa pięć lat. Jeśli natomiast zaistnieją określone w Pzp okoliczności, powodujące wcześniejsze wygaśnięcie kadencji prezesa, podobnemu skróceniu ulega także kadencja Rady. Ustawodawca przesądził zatem, kiedy kadencja Rady się kończy – wraz z upływem kadencji prezesa, nie wypowiedział się natomiast, w jakim terminie się rozpoczyna. Nie wiadomo więc, kiedy Prezes Rady Ministrów powinien ją powołać. Niewątpliwie obowiązek ten powstaje z chwilą rozpoczęcia się kadencji Prezesa Urzędu, ale od decyzji premiera zależy, czy wykona go niezwłocznie po powołaniu Prezesa, czy też w terminie późniejszym. Przesądzony został jedynie termin powołania pierwszej Rady Zamówień Publicznych². Prezes Rady Ministrów musiał ją powołać w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, to znaczy nie później niż 2 września br. Zgodnie z tym unormowaniem Rada powołana została w dniu 15 lipca 2004 r.

¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady Zamówień Publicznych, Dz. U. Nr 49, poz. 470.

² Art. 222. „W terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy Prezes Rady Ministrów powoła Radę, o której mowa w art. 157 ust. 1”.

2. Członkostwo w Radzie wygasa jedynie w okolicznościach określonych w Pzp. Jest to upływ kadencji, śmierć, odwołanie przez Prezesa Rady Ministrów lub rezygnacja członka Rady. Istotne znaczenie w tym zakresie mają możliwości odwołania członka Rady. Prezes Rady Ministrów może to zrobić z własnej inicjatywy wyłącznie wówczas, gdy członek Rady utracił obywatelstwo polskie, pełnił praw publicznych lub został skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Prawo wystąpienia do Prezesa Rady Ministrów o odwołanie członka Rady ma także Prezes Urzędu. Ustawodawca enumeratywnie określił okoliczności, w jakich może to uczynić. W odróżnieniu od przesłanek odwołania odnoszących się do inicjatywy Prezesa Rady Ministrów, których spełnienie potwierdzają lub wykluczają stosowne dokumenty (np. wyrok sądu), mają one w znacznej mierze charakter uznaniowy i ocenny. Stosunkowo prosta jest ocena w przypadku choroby uniemożliwiającej sprawowanie funkcji członka Rady, znacznie bardziej skomplikowana sytuacja ma miejsce w odniesieniu do dwóch kolejnych przesłanek. Prezes Urzędu musi ocenić, czy członek Rady nie wykonuje swoich obowiązków bądź czy utracił autorytet w stopniu uzasadniającym wniosek o jego odwołanie i przedstawić w tej sprawie stosowne uzasadnienie. Jeśli Prezes Rady Ministrów uzna je za przekonujące odwoła członka Rady. W miejsce odwołanego członka Rady Prezes Rady Ministrów może powołać inną osobę, zgodnie z regulacjami zawartymi w art. 158.

Art. 160 [Obsługa Rady, upoważnienie]

- 1. Obsługę prac Rady zapewnia Urząd.**
- 2. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wysokość wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady, mając na względzie pełnioną funkcję oraz zakres obowiązków przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady.**
 1. Organizacyjno-techniczną obsługę Rady zapewnia prezes Urzędu, określając zadania w tym zakresie w Regulaminie wewnętrznym Urzędu. Wykonują je pracownicy Urzędu w ramach obowiązków służbowych oraz w ramach budżetu, będącego w dyspozycji Urzędu. Powołanie Rady nie wpłynęło ani na zwiększenie ilości etatów przyznanych Urzędowi w ustawie budżetowej, ani na ilość środków, przeznaczanych w budżecie na ten cel. Ogólna kwota wydatków, związanych z funkcjonowaniem Rady nie przekracza w skali roku 20–30 tys. zł.
 2. Zgodnie z delegacją Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie z dnia 22 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia przewodniczącego, wiceprzewodniczącego i pozostałych członków Rady Zamówień Publicznych. Zostało ono ogłoszone w Dzienniku Ustaw z dnia 26 marca 2004 r. Nr 49, poz. 470.

Rozdział 3

Kontrola udzielania zamówień

Art. 161 [Cel kontroli]

- 1. Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielania zamówień.**
- 2. Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy.**
- 3. Kontrolę przeprowadza się w siedzibie Urzędu.**

1. Przepisy zawarte w rozdziale „Kontrola udzielania zamówień” wprowadzają całkowicie nowe rozwiązania, nieznane dotychczas polskiemu systemowi zamówień publicznych. Uzp kompetencje kontrolne prezesa Urzędu traktowała marginalnie. Ograniczały się one do prawa żądania od zamawiającego informacji o przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych i ich realizacji oraz udostępniania dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego¹. W przypadku ujawnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych prezes miał obowiązek zawiadomienia rzecznika dyscypliny finansów publicznych². Dotyczyło to wyłącznie podmiotów sektora finansów publicznych, natomiast w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości u innego zamawiającego (np. z sektora użyteczności publicznej) nie było możliwości podjęcia jakichkolwiek działań.
2. Ratio legis wyposażenia Prezesa Urzędu w określone ustawowo kompetencje kontrolne wydaje się oczywiste. System zamówień publicznych rozwija się pod względem podmiotowym i przedmiotowym, czego efektem jest coraz większa ilość pieniędzy trafiających na rynek zamówień publicznych³. Począwszy od roku 2004 na rynek ten trafia znaczna część środków pochodzących z Unii Europejskiej, przyznanych w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Są one wydatkowane zgodnie z procedurą krajową, a więc w oparciu o Pzp. Sytuacja ta wymaga sprawnej i efektywnej kontroli poprawności ich wydatkowania. Jest to tym ważniejsze, że zamówienia publiczne są szczególnie narażone na działania korupcyjne, przy czym trudno zapominać, że Polska jest uznawana za kraj szczególnie zagrożony pod tym względem.
3. Przepis mówiący, że Prezes Urzędu sprawuje kontrolę udzielania zamówień czyni z niego kolejny, obok Najwyższej Izby Kontroli oraz regionalnych izb obrachunkowych, organ kontroli państwowej, właściwy w sprawach zamówień publicznych. Prowadzenie kontroli zamówień publicznych jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Prezesa Urzędu. Może on podjąć działania kontrolne w stosunku

¹ Art. 9 ust. 2 pkt 2.

² Art. 9 ust. 3.

³ W roku 2002 polski rynek zamówień publicznych oceniany był na ponad 40 mld. złotych, w roku 2004 na blisko 50 mld. złotych. (Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2004 roku opracowane w UZP).

do każdego postępowania i na każdym etapie prowadzonej procedury. Oznacza to, że podlegają im także podmioty prywatne, które dokonują zakupów według procedur Pzp. Czynności kontrolne nie mogą natomiast obejmować potencjalnych wykonawców zamówienia a jedynie oferty, złożone przez nich podczas kontrolowanego postępowania.

4. Czynności kontrolne prowadzone przez pracowników Urzędu nie mają charakteru postępowania administracyjnego w rozumieniu Kpa, dlatego też nie mają do niego zastosowania przepisy zawarte w tym kodeksie. Przepisy Pzp w stosunku do Kpa (podobnie jak w stosunku do Kpc) w tym przypadku mają niewątpliwie charakter *lex specialis*. Wydaje się jednakże, iż z uwagi na to, że postępowanie to prowadzi organ administracji rządowej, a określone czynności wykonują z jego upoważnienia pracownicy, w sprawach kontroli przepisy Kpa stosować należy odpowiednio. Przykładem tego jest chociażby problem wyłączenia pracownika Urzędu od udziału w kontroli (patrz komentarz do art. 162). Sytuacja ta powoduje, iż szczególne znaczenie będzie miała praktyka, jaka ukształtuje się w pierwszym okresie działania kontroli, a także regulacje wewnętrzne Urzędu odnoszące się do problematyki kontrolnej.
5. Kontrola prowadzona przez Prezesa Urzędu dotyczyć może wyłącznie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przepis ten należy rozumieć ściśle, a zatem nie może ona obejmować np. celowości planowanego zakupu, wielkości kwoty, jaka została na ten zakup przeznaczona czy terminu, w jakim zamówienie jest realizowane.
6. Kontrola przeprowadzana jest w siedzibie Urzędu, a zatem nie są dopuszczalne jakiegokolwiek formy czynności kontrolnych, przeprowadzanych bądź podejmowanych poza Urzędem, np. w siedzibie zamawiającego. Dokumentacji kontrolowanego postępowania nie wolno wносить z Urzędu. Od chwili przekazania do kontroli akt postępowania Prezes Urzędu ponosi pełną odpowiedzialność za ich bezpieczeństwo, w tym za przestrzeganie przepisów chroniących tajemnicę handlową, służbową i państwową. Osoba kontrolująca pracuje wyłącznie z dokumentami, bez osobistego kontaktu z pracownikami zamawiającego, w siedzibie Urzędu.

Art. 162 [Wyłączenie pracownika]

1. **Od udziału w kontroli wyłączony jest pracownik Urzędu, który:**
 - 1) **uczestniczył w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego lub wykonawcy;**
 - 2) **pozostaje w związku małżeńskim, faktycznym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub po-**

- winowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo jest związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z zamawiającym lub wykonawcą albo był członkiem władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;
 - 4) pozostaje z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.
2. Pracownik Urzędu informuje Prezesa Urzędu o przyczynach powodujących jego wyłączenie od udziału w kontroli.
 3. Prezes Urzędu rozstrzyga o wyłączeniu pracownika w drodze postanowienia.
1. Komórką organizacyjną Urzędu właściwą w sprawach prowadzenia kontroli jest Departament Analiz i Kontroli. Czynności kontrolne prowadzą pracownicy etatowi Urzędu. Mogą być one wykonywane nie tylko przez pracowników tego departamentu, ale także przez każdego innego pracownika Urzędu. Do prowadzenia tych czynności wobec konkretnego podmiotu nie są potrzebne odrębne upoważnienia wydawane przez Prezesa Urzędu, ponieważ ich uprawnienia w tym zakresie wynikają z dokonanego na piśmie określenia obowiązków służbowych. Decyzję w sprawie skierowania pracownika do przeprowadzenia kontroli dokumentacji konkretnego postępowania podejmuje, z upoważnienia Prezesa Urzędu, dyrektor departamentu Analiz i Kontroli.
 2. Z uwagi na charakter wykonywanych czynności pracownicy Urzędu prowadzący kontrolę muszą podlegać szczególnym rygorom. Podstawowym spośród nich jest obligatoryjne wyłączenie od udziału w kontroli kiedy zaistnieje choćby jedna z okoliczności, wymienionych w ust. 2. Jest to powszechna praktyka w tego rodzaju sytuacjach, która ma na celu zapewnienie pełnego obiektywizmu oraz bezstronności osoby kontrolującej, a także uniemożliwienie jakichkolwiek prób oddziaływania na nią w trakcie prowadzenia kontroli. Istotne jest także to, aby osoba ta była poza wszelkimi podejrzeniami o jakiegokolwiek związku z uczestnikami kontrolowanego postępowania, zarówno zamawiającym jak i wykonawcami, którzy złożyli oferty. Katalog przesłanek powodujących wyłączenie pracownika obejmuje zarówno jego ewentualne związki ze sprawą (postępowaniem), jak i związki z podmiotami uczestniczącymi w tym postępowaniu oraz osobami, które w nim występują. Niezależnie od przepisów zawartych w tym artykule pracownik Urzędu podlega wyłączeniu od udziału w kontroli na mocy art. 24 § 1 Kpa. Istotny w tym zakresie jest zwłaszcza § 3 tegoż artykułu który stanowi, że wyłączenie może nastąpić także wówczas, gdy zostanie uprawdopodobnione istnienie okoliczności nie wymienionych w § 1, które mogą wywołać wątpliwości co do bezstronności pracownika.

3. Podstawową przesłanką wyłączenia jest związek ze sprawą, tzn. uczestniczenie osoby skierowanej do przeprowadzenia czynności kontrolnych w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego bądź wykonawcy. Należy to rozumieć ściśle, co oznacza, że chodzi o każdą, nawet najdrobniejszą i jednostkową formę uczestnictwa. Nie ma zatem żadnego znaczenia, czego to uczestnictwo dotyczyło oraz jak długo trwało. W odniesieniu do wykonawców dotyczy to nie tylko tego wykonawcy, którego oferta została wybrana, ale wszystkich, którzy w tym postępowaniu złożyli oferty. Sprawa jest oczywista jeśli chodzi o uczestnictwo w kontrolowanym postępowaniu, natomiast pewne trudności powodować może ocena, czy czynność w której uczestniczył pracownik Urzędu miała bezpośredni czy pośredni związek z przygotowaniem postępowania. Niewątpliwie wyłączeniem pracownika Urzędu powinno skutkować np. incydentalne udzielenie przez niego porady przygotowującemu postępowanie pracownikowi zamawiającego czy opracowującemu ofertę pracownikowi wykonawcy, podobnie jak opiniowanie projektów dokumentów przetargowych. Trudno byłoby natomiast za czynność bezpośrednio związaną z prowadzonym postępowaniem uznać np. analizy ekonomiczne sektora rynku zamówień publicznych, którego dotyczy kontrolowane postępowanie. Rygory te ustawodawca wyraźnie ograniczył do postępowania, którego kontrola dotyczy. Choć wydaje się to mocno kontrowersyjne, od udziału w kontroli nie będzie zatem wykluczony pracownik który uczestniczył w innym, niż kontrolowane postępowaniu prowadzonym przez ten sam podmiot bądź w czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem.
4. Przesłanki dotyczące związków osoby kontrolującej z osobami uczestniczącymi w kontrolowanym postępowaniu dotyczą więzów krwi, powinowactwa, przysposobienia, opieki i kurateli, ale także związków wynikających z pozostawania w faktycznym pożyciu. Łatwo zauważyć, że treść tego przepisu jest nieomal identyczna z treścią art. 17 ust. 1 pkt 2, odnoszącego się do przesłanek wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego z powodu ich związków z osobami występującymi po stronie wykonawców. Jest to zapewne rozwiązanie słuszne, bowiem ratio legis obydwu regulacji jest tożsame, choć komentowany przepis zarówno w stosunku do art. 17 Pzp¹ jak i art. 24 § 1 pkt 2 i 3 Kpa² nieco rozszerza zakres tego wyłączenia. Wyłączenie pracownika Urzędu następuje w sytuacji, gdy osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawców, jego zastępcą prawnym lub członkami władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia są: jego małżonek lub konkubent, dziadek, babka, ojciec, matka, dziecko i wnuk, a w linii bocznej – ojciec lub matka teścia i teściowej, teść i teściowa, zięć, synowa, brat i siostra współmałżonka. Jeśli chodzi o opiekę i ku-

¹ W art. 17 ust. 1 pkt 2 brak jest okoliczności pozostawania w „faktycznym pożyciu”.

² Art. 24 § 1. Pracownik organu administracji publicznej podlega wyłączeniu od udziału w postępowaniu w sprawie: (...) 2) swego małżonka oraz krewnych i powinowatych do drugiego stopnia, 3) osobą związaną z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli.

ratele zastosowanie mają przepisy art. 145 i nast. Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹, natomiast w odniesieniu do przysposobienia – art. 114 i nast. Zgodnie z art. 24 § 2 Kpa powody wyłączenia pracownika od udziału w postępowaniu trwają także po ustaniu małżeństwa, przysposobienia, opieki lub kurateli.

5. Podobnie jak komentowana wcześniej, kolejne dwie przesłanki wyłączenia pracownika są tożsame z kolejnymi przesłankami zawartymi w art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4. Pierwsza z nich dotyczy występujących przed upływem 3 lat od wszczęcia kontrolowanego postępowania związków służbowych osoby kontrolującej z podmiotami występującymi w tym postępowaniu, a mianowicie stosunku pracy lub zlecenia oraz członkostwa we władzach osób prawnych ubiegających się o kontrolowane zamówienie. Zapewne przez niedopatrzenie pominięto, nie występujący z oczywistych względów w przywoływanym wcześniej pkt 3 ust. 1 art. 17, udział we władzach podmiotu zamawiającego, który nie musi się przecież wiązać z istnieniem stosunku pracy lub zlecenia. Jest to luka tym istotniejsza, że takiej przesłanki wyłączenia nie przewiduje też art. 24 Kpa. Ostatnia z przesłanek, unormowana w pkt 4 odnosi się do wszelkich innych, niż wymienione wcześniej, związków osoby kontrolującej z osobami występującymi po stronie zamawiającego i wykonawców w kontrolowanym postępowaniu. Dotyczy to nie tylko członków odpowiednich organów decyzyjnych zamawiającego lub wykonawcy, a także osób upoważnionych do występowania w ich imieniu (np. członków komisji przetargowej, pełnomocników lub prokurentów), ale także wszystkich biorących udział w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania oraz w przygotowaniu oferty. Wyłączeniem skutkować powinien taki stosunek faktyczny lub prawny osoby kontrolującej z tymi osobami, który może budzić uzasadnione wątpliwości dotyczące obiektywizmu kontrolera. Niewątpliwie mieć to będzie miejsce w przypadku np. przyjaźni czy koleżeństwa, przynależności tego samego stowarzyszenia, organizacji społecznej czy zawodowej, zasiadania w radzie nadzorczej, a także posiadania udziałów w tej samej spółce prawa handlowego.
6. O zaistnieniu okoliczności powodujących wyłączenie pracownika od udziału w kontroli powinien on poinformować Prezesa Urzędu. Jest to bez wątpienia jego obowiązek, jednakże nie stanowi warunku koniecznego decyzji o wyłączeniu. Jeśli pracownik poprzez zaniechanie lub brak wiedzy nie uczyni tego, a któraś z okoliczności powodujących wyłączenie będzie miała miejsce, Prezes Urzędu powinien dokonać wyłączenia z własnej inicjatywy. Choć nie przesądza tego wprost Kpa ustawodawca zdecydował, że o wyłączeniu pracownika od udziału w kontroli rozstrzyga prezes Urzędu w formie postanowienia. Jest to stanowisko zgodne z utrwalonym orzecznictwem NSA². Postanowienie to jest wydawane

¹ Dz. U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 z póź. zm.

² Patrz np. wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Poznaniu z dnia 29 maja 1990 r. S.A. /P 1555/89 „Wyłączenie pracownika lub odmowa jego wyłączenia od udziału w postępowaniu administracyjnym na podstawie art. 24 § 3 Kpa powinno nastąpić w formie postanowienia. (ONSA 1990, Nr 2–3 poz. 44, OSP 1992 Nr 4 poz. 90).

w formie pisemnej, z zastosowaniem art. 123 Kpa¹ i ma charakter deklaratoryjny. Na postanowienie to nie służy zażalenie, zgodnie zatem z art. 124 § 2 Kpa nie musi zawierać uzasadnienia².

Art. 163 [Wszczęcie kontroli, dowody]

- 1. Wszczęcie kontroli następuje przez doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, z zastrzeżeniem art. 167 ust. 3.**
- 2. Stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie zebranych dowodów.**
- 3. Dowodami są w szczególności dokumenty i wyjaśnienia, o których mowa w art. 164 ust. 2, oraz opinie biegłych.**
- 4. Dowody stanowią załącznik do protokołu kontroli, o którym mowa w art. 165.**

1. Decyzję o wszczęciu kontroli podejmuje Prezes Urzędu lub inna, upoważniona przez niego osoba, np. wiceprezes lub dyrektor Departamentu Analiz i Kontroli. Może to nastąpić z mocy ustawy (art. 167) lub z inicjatywy własnej Prezesa, np. w ramach prowadzonej kontroli systemowej, na wniosek uczestnika postępowania, na podstawie sygnału medialnego lub informacji pozyskanej z innego źródła, świadczącej o nieprawidłowościach zaistniałych przy udzielaniu zamówienia. Czynności kontrolne (wszczęcie postępowania) rozpoczyna doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania. Żądanie takie powinno być sformułowane na piśmie i przekazane zamawiającemu za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Stosując odpowiednio właściwe przepisy Kpa (art. 61 § 3)³ uznać należy, że datą wszczęcia postępowania kontrolnego jest dzień doręczenia zamawiającemu żądania doręczenia kopii dokumentacji postępowania. Nieco inna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do postępowań kontrolnych dotyczących zamówień o najwyższej wartości, do których odnosi się art. 167. Zgodnie z tym przepisem obowiązek dostarczenia kopii dokumentacji spoczywa na zamawiającym, który musi to uczynić niezwłocznie, bez wezwania ze strony Prezesa Urzędu.
2. Zamawiający ma obowiązek przekazania kopii dokumentacji postępowania potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego.

¹ Art. 123. § 1. W toku postępowania organ administracji publicznej wydaje postanowienia. § 2. Postanowienia dotyczą poszczególnych kwestii wynikających w toku postępowania, lecz nie rozstrzygają o istocie sprawy, chyba, że przepisy kodeksu stanowią inaczej.

² Art. 124 § 2. Postanowienie powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, jeżeli służy na nie zażalenie lub skarga do sądu administracyjnego oraz gdy wydane zostało na skutek zażalenia na postanowienie.

³ Art. 61 § 3. Datą wszczęcia postępowania na żądanie strony jest dzień doręczenia żądania organowi administracji publicznej.

Dokumentacja powinna być kompletna i zawierać protokół postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami¹. Ustawa nie stanowi, w jakim terminie ma to zrobić, ale jeśli prezes Urzędu tego zażąda (art. 164 ust. 1), zamawiający musi to uczynić niezwłocznie, czyli bez zbędnej zwłoki. Jeśli wystąpią okoliczności uniemożliwiające przekazanie dokumentacji, zamawiający powinien zawiadomić o tym Prezesa Urzędu, podając uzasadnienie tego faktu.

3. Podobnie jak w każdym innym postępowaniu kontrolnym prowadzonym przez uprawniony do tego organ, stan faktyczny dotyczący kontrolowanego postępowania ustala się na podstawie zebranych dowodów. Obowiązuje w tym zakresie zasada dochodzenia prawdy obiektywnej². Prowadzący postępowanie kontrolne dążyć powinni do zgromadzenia i rozpatrzenia całego materiału dowodowego. Dowodami są przede wszystkim dokumenty kontrolowanego postępowania składające się na jego dokumentację, ale także inne dowody, niezbędne dla ustalenia stanu faktycznego dotyczącego konkretnej czynności czy etapu procedury, kontrolerzy mogą zażądać także innych dokumentów. Dowodami w sprawie są wyjaśnienia kierownika i pracowników zamawiającego, a także opinie biegłych. Z treści ust. 3 („w szczególności”) wnioskować należy, że katalog środków dowodowych nie jest zamknięty. Poza wymienionymi wprost dopuszczalne są zatem także inne dowody, nie wymienione w przepisach Pzp odnoszących się do kontroli. Ocena, jakie dowody są potrzebne do ustalenia stanu faktycznego kontrolowanego postępowania znajduje się w gestii Prezesa Urzędu, zawsze jednak muszą one dotyczyć tego postępowania, a nie np. problemów o charakterze ogólnym, np. działalności czy aktualnej sytuacji zamawiającego.
4. Aczkolwiek ustawa nie zawiera w tej sprawie regulacji negatywnych powstaje pytanie, czy jakichś środków dowodowych nie można stosować podczas prowadzenia kontroli zamówienia. Między innymi czy kontrolerzy mogą podejmować czynności dozwolone inspektorom NIK np. wzywania i przesłuchiwania świadków, zwoływania narad z pracownikami kontrolowanych jednostek³, czy też inspektorom RIO np. żądania informacji dotyczących działalności kontrolowanych jednostek, dostępu do danych osobowych dotyczących kwalifikacji i uposażenia pracowników⁴. Przy uczynionym wcześniej zastrzeżeniu, że do postępowań kontrolnych nie mają zastosowania przepisy Kpa wydaje się, iż w odniesieniu do oceny dopuszczalności dowodów pomocne może być odpowiednie

¹ Art. 96 Pzp oraz Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 646.

² Organ administracyjny jest obowiązany do uwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak i uwzględnienia wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych dowodów, a mających znaczenie dla ich mocy i wiarygodności. Wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Lublinie z dnia 4 grudnia 1996 r. I SA/Lu 240/96.

³ Art. 29 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli, tekst jednolity Dz. U. z 2001 r., Nr 85, poz. 937 z późn. zm.

⁴ Art. 8 ust. 1 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 z późn. zm.

wykorzystanie przepisów zawartych w Rozdziale 4 Działu II Kpa (art. 75 i nast.)¹ oraz orzecznictwa NSA dotyczącego dopuszczalności środków dowodowych².

5. Odrębny problem stanowi ocena zebranych dowodów. Powinna tu być stosowana podstawowa zasada postępowania dowodowego obowiązująca w prawie procesowym, mianowicie zasada swobodnej oceny dowodów. Uznaje ją zarówno prawo administracyjne³ jak i utrwalone orzecznictwo NSA⁴. Stosowanie tej zasady nie może jednak oznaczać dowolności czy tym bardziej samowoli pracownika prowadzącego postępowanie kontrolne. Obowiązywać tu powinny zasady powszechnie przestrzegane w postępowaniu procesowym: prowadzenie oceny dowodu w sposób wszechstronny, w oparciu o cały materiał dowodowy, z uwzględnieniem znaczenia i wartości dowodu dla całego kontrolowanego postępowania. Naruszenie obowiązujących reguł oceny dowodów, jak również norm procesowych odnoszących się do środków dowodowych stanowi przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów⁵.

Art. 164 [Uprawnienia Prezesa Urzędu]

1. **Prezes Urzędu może żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego.**
 2. **Prezes Urzędu może żądać od kierownika zamawiającego oraz od pracowników zamawiającego udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli.**
 3. **Jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych.**
1. Zgodnie z regulacją zawartą w art. 163 ust. 1 wszczęcie postępowania kontrolnego następuje poprzez doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania. Obok materiałów dokumentujących postępowanie

¹ Art. 75 § 1. Jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny.

² Realizacja zasady prawdy obiektywnej, o której mowa w art. 75 Kpa wymaga, aby dopuścić jako dowód w sprawie wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia stanu faktycznego, a nie jest sprzeczne z prawem. Wyrok NSA Ósrodek Zamiejskowy w Gdańsku z 3 lipca 1996 r. SA/Gd 2588/95.

³ Art. 80 Kpa Organ administracji publicznej ocenia na podstawie całokształtu materiału dowodowego, czy dana okoliczność została udowodniona.

⁴ Organ rozpatrując materiał dowodowy nie może pominąć jakiegokolwiek dowodu, może natomiast, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 80 Kpa) odmówić dowodowi wiarygodności, ale wówczas obowiązany jest to uzasadnić. Wyrok NSA Ósrodek Zamiejskowy we Wrocławiu z dnia 16 lutego 2000 r. I SA/Wr 28/98.

⁵ Wyrok NSA Ósrodek Zamiejskowy w Lublinie z dnia 17 maja 1994 r. SA/Lu 1921/93.

Prezes Urzędu może zażądać także kopii innych dokumentów związanych z tym postępowaniem, nie stanowiących załączników do protokołu postępowania. Podobnie jak kopia dokumentacji postępowania, powinny być one potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego. Może to być np. statut czy regulamin wewnętrzny kontrolowanej jednostki, zakładowy regulamin udzielania zamówień publicznych, zakres obowiązków służbowych pracowników będących członkami komisji przetargowej itp. Przepis mówi o dokumentach związanych z postępowaniem, nie przesądza jednakże czy chodzi o związek bezpośredni, czy też mogą to być dokumenty pośrednio odnoszące się do kontrolowanego zamówienia. Wnosić stąd należy, iż można żądać kopii każdego dokumentu, który, według oceny prowadzącego postępowanie kontrolne, może mieć wpływ na ocenę zgodności tego postępowania z przepisami ustawy.

2. Jeżeli z prowadzonych czynności kontrolnych wynikać będzie potrzeba uzyskania wyjaśnień dotyczących kontrolowanego postępowania, Prezes Urzędu może ich zażądać, zarówno od kierownika, jak i pracowników zamawiającego. Wyjaśnienia te dotyczyć mogą dokumentów składających się na dokumentację postępowania, innych dokumentów związanych z postępowaniem których zażądał Prezes w trybie ust. 1, a także poszczególnych czynności czy działań podejmowanych w związku z prowadzonym postępowaniem oraz okoliczności, w jakich miały one miejsce. Ocena, czy i w jakim zakresie należy zażądać wyjaśnień oraz czego powinny one dotyczyć znajduje się w gestii Prezesa Urzędu. Podejmując decyzję w tej sprawie powinien się on kierować zasadą dochodzenia prawdy obiektywnej oraz wskazaniem zawartym w przywoływanym wcześniej art. 75 § 1 Kpa¹. Wyjaśnienie powinno mieć formę pisemną, a prezes może wyznaczyć termin na jego złożenie.
3. Podczas prowadzenia czynności kontrolnych Prezes Urzędu może zasięgać opinii biegłych. Jest to jego prawo, a nie obowiązek. Powołanie biegłego, podobnie jak komentowana wyżej możliwość żądania kopii innych dokumentów niż składających się na dokumentację postępowania, zależy od oceny potrzeb występujących w tym zakresie i służyć powinno dochodzeniu prawdy obiektywnej. Udział biegłych w prowadzonym postępowaniu dopuszcza Kpa (art. 75 § 1)², Kpc (art. 278 i nast.)³ oraz Kpk (art. 176 i nast., art. 193 i nast.)⁴. Biegłego można

¹ Art. 75 § 1. Jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. (...)

² Art. 75 § 1 (...) W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny.

³ Art. 278 § 1. W wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii.

⁴ Art. 176 § 1. Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii instytutu naukowego albo naukowo-badawczego albo zakładu specjalistycznego lub powołanej do tego instytucji albo też powołuje się jednego lub kilku biegłych. O dopuszczeniu tego dowodu wydaje się postanowienie. Art. 193 § 1. Jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych.

powołać tylko wówczas, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego albo dokonanie innych czynności kontrolnych stanowiących podstawę oceny zgodności postępowania z przepisami ustawy wymaga wiadomości specjalnych. Niewątpliwie zatem opinie biegłych nie powinny dotyczyć istoty prowadzonego działania kontrolnego, a więc zgodności postępowania z przepisami ustawy, bowiem tu organem właściwym jest wyłącznie Prezes Urzędu. Pogląd taki potwierdza orzecznictwo SN¹. Posiadanie wiadomości specjalnych okazać się natomiast może niezbędne np. przy ocenie poprawność zawartego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, kryteriów oceny ofert, zastosowanej metody obliczenia ceny oferty itp. Ustawodawca nie wskazał, kto może pełnić funkcję biegłego, pozostawiając to do decyzji Prezesa Urzędu. Nie mają tu zatem zastosowania przepisy dotyczące biegłych np. sądowych czy biegłych rewidentów. Nie jest też konieczne, choć zapewne w wielu przypadkach będzie wskazane, posiadanie specjalnych uprawnień. Jedynym kryterium, jakie powinno tu być stosowane jest posiadanie przez osobę, do której Prezes zwróci się o opinię, wiadomości specjalnych w określonej dziedzinie. Pogląd ten zdaje się potwierdzać przepis art. 178 Kpk². Ocena, czy posiada ona te wiadomości w stopniu wystarczającym do wydania miarodajnej opinii, należy do Prezesa Urzędu. Powołując biegłego Prezesa Urzędu powinien wskazać przedmiot opinii, o jaką się zwraca oraz jej zakres i termin przedłożenia, a także, jeśli zajdzie taka potrzeba, sformułować pytania szczegółowe. Aczkolwiek ustawodawca tego nie przesądził, z oczywistych względów do biegłych mieć powinny zastosowanie przepisy art. 162 dotyczące wyłączenia z kontroli pracownika Urzędu.

Art. 165 [Protokół kontroli]

- 1. Z kontroli sporządza się protokół kontroli.**
- 2. Protokół kontroli zawiera w szczególności:**
 - 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;**
 - 2) datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli;**
 - 3) imiona i nazwiska kontrolujących;**
 - 4) oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli;**
 - 5) informację o stwierdzeniu naruszeń oraz wskazanie osób za nie odpowiedzialnych;**
 - 6) wyszczególnienie załączników.**

¹ Opinia biegłych w sprawie rozumienia określonego przepisu prawnego nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia, bez przeprowadzenia samodzielnej jego wykładni przez sąd, gdyż pojęcie wiadomości specjalnych z art. 278 § 1 Kpc nie obejmuje wiedzy dotyczącej treści obowiązującego prawa oraz reguł jego tłumaczenia. Wyrok SN Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 1 lipca 1998 r. I PKN 203/98 OSNAPiUS 1999 Nr 15 poz. 478.

² Art. 178. Do pełnienia czynności biegłego jest obowiązany nie tylko biegły sądowy, lecz także każda osoba o której wiadomo, że ma odpowiednią wiedzę w tej dziedzinie.

1. Pracownicy Urzędu Zamówień Publicznych prowadzący czynności kontrolne dotyczące konkretnego postępowania mają obowiązek sporządzenia protokołu kontroli. Sporządzanie protokołu jest czynnością materialno – techniczną, jednakże z rodzaju tych, których skutki mają doniosłe znaczenie formalno – prawne. Ustalenia zawarte w protokole mogą stanowić podstawę podjęcia przez Prezesa Urzędu czynności, o których mowa w art. 171 Pzp¹. Protokół kontroli może także stanowić dowód w sprawie, np. w przypadku wszczęcia postępowania przygotowawczego w związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przestępstwa.
2. Ustawodawca nie określił w żaden sposób wymagań formalnych protokołu. Jest jednak oczywiste, że musi on być sporządzany w formie pisemnej, co wynika zarówno z zasady pisemności określonej w Pzp (art. 9 ust. 1), jak i z normy zawartej w art. 14 § 1 Kpa². Odnosi się to zarówno do samego protokołu, jak i do dokumentów, które zostaną do niego załączone (np. opinii biegłych). Niewątpliwie jest także, iż protokół musi być sporządzany z należytą starannością, rzetelnie i wiernie odzwierciedlać ustalony w toku kontroli stan faktyczny. W sporządzonym protokole nie powinno się dokonywać zmian, skreśleń i poprawek. Jeśli natomiast wystąpi taka konieczność wydaje się, że powinny mieć tu zastosowanie normy, określone w art. 71 Kpa³.
3. Ust. 2 określa wymogi materialne protokołu. Jest to bardzo skrótowe, standardowe wyliczenie podstawowych, i oczywistych skądinąd elementów, które znajdować się muszą w każdym protokole. Trudno nie zauważyć tu daleko idących analogii z unormowaniami, zawartymi w zarządzeniu Ministra Finansów w sprawie organizacji i trybu działania kontroli resortowej⁴, a także z innymi regulacjami tego rodzaju⁵. Poza informacjami odnoszącymi się do zamawiającego, kontrolowanego postępowania oraz osób kontrolujących szczególnie istotne znaczenie mają informacje dotyczące stwierdzonego stanu faktycznego, a mianowicie naruszeń oraz wskazanie osób za nie odpowiedzialnych. Należy przyjąć, iż chodzi o każde naruszenie obowiązujących przepisów Pzp, jak również każdego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku stwierdzenia takich naruszeń warunkiem koniecznym odnoszącej się do nich informacji jest

¹ W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może:

1) zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych;

2) nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale VII;

3) wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części.

² Art. 14 § 1 Sprawy należy załatwiać w formie pisemnej.

³ Art. 71. Skreśleń i poprawek w protokole należy tak dokonywać, aby wyrazy skreślone i poprawione były czytelne. Skreślenia i poprawki powinny być stwierdzone w protokole przed jego podpisaniem.

⁴ § 14 zarządzenia Nr 84 Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 1996 r. w sprawie organizacji i trybu działania kontroli resortowej. Dz. Urz. MF z 1996 r. Nr 25 poz. 134.

⁵ Np. § 33 ust. 2 zarządzenia Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z dnia 1 marca 1995 r. w sprawie postępowania kontrolnego. M. P. z 1995 r. Nr 17, poz. 211.

wskazanie osób, które ponoszą za nie odpowiedzialność. Wymienione w komentowanym przepisie wymogi, określające treść protokołu nie stanowią katalogu zamkniętego. Można zatem przyjąć, że w zależności od kontrolowanego postępowania oraz ustaleń poczynionych w toku kontroli, zostaną one rozszerzone o inne, niezbędne w opinii kontrolerów, elementy. Niezależnie jednak od tego intencja ustawodawcy wydaje się oczywista. Protokół kontroli powinien być zwięzły i odnosić się do ustaleń poczynionych przez kontrolerów, a nie opisywać przeprowadzane czynności kontrolne oraz wynikający z kontrolowanych dokumentów przebieg postępowania. Na dzisiaj wydaje się to rozwiązaniem słusznym, choć w przyszłości należałoby rozważyć zawarcie w ustawie delegacji do wydania aktu wykonawczego, szczegółowo normującego tę materię w sposób podobny, jak czyni to chociażby przywoływane wcześniej zarządzenie Prezesa Najwyższej Izby Kontroli w sprawie postępowania kontrolnego.

4. Ustawodawca nie nałożył na Prezesa Urzędu obowiązku przedstawiania protokołu kontroli kierownikowi zamawiającego, który prowadził kontrolowane postępowanie, co przewidują np. przepisy ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli¹. Kierownikowi zamawiającego nie przysługuje też prawo zgłaszania umotywowanych zastrzeżeń w odniesieniu do ustaleń, zawartych w protokole, co jest logicznym następstwem pierwszego założenia. Ustalenia zawarte w protokole kontroli są więc ostateczne i nie podlegają żadnej formie zaskarżenia lub odwołania. Choć przepis nie reguluje tych kwestii wydaje się oczywiste, że protokół kontroli podpisują osoby które kontrolę przeprowadziły, a także Prezes Urzędu bądź osoba przez niego upoważniona.

Art. 166 [Informacja o wyniku kontroli]

- 1. Po przeprowadzeniu kontroli Prezes Urzędu niezwłocznie przesyła zamawiającemu informację o jej wyniku.**
 - 2. Informacja o wyniku kontroli stanowi załącznik do protokołu kontroli oraz do protokołu, o którym mowa w art. 96.**
1. Po przeprowadzeniu kontroli postępowania obowiązkiem Prezesa jest sporządzenie informacji o jej wyniku i wysłanie jej do zamawiającego. Konsekwentnie do regulacji zawartej w poprzednim artykule zamawiający otrzymuje zatem informację o wynikach kontroli, a nie jej protokół. Dotyczy to każdej kontroli, zarówno uprzedniej, jak i następczej. Należy przyjąć, że podstawę sporządzenia informacji powinny stanowić ostateczne, finalne ustalenia dotyczące kontrolowanego postępowania, stanowiące konkluzję całości działań kontrolnych, a w szczególności ta część protokołu, która odnosi się do naruszeń oraz wskazania osób za nie odpowiedzialnych (art. 165 ust. 2 pkt 5). Potwierdzają to przepisy dotyczące zawartości

¹ Art. 54. Protokół kontroli podpisują kontroler i kierownik jednostki kontrolowanej, a w razie jego nieobecności osoba pełniąca jego obowiązki.

informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zawarte w art. 169 ust. 2 oraz o zawartości informacji o wynikach kontroli następczej, zawarte w art. 170 ust. 2. Jeśli podczas kontroli nie zostaną stwierdzone naruszenia wynikiem kontroli będzie stwierdzenie, że postępowanie zostało przeprowadzone prawidłowo (bez naruszeń). Informację o wynikach kontroli Prezes Urzędu przesyła zamawiającemu możliwie najszybciej (bez zbędnej zwłoki) po zakończeniu czynności kontrolnych.

2. Informacja o wynikach kontroli powinna być sporządzana w dwóch jedno-brzmiących egzemplarzach, z których jeden jest wysyłany zamawiającemu, a drugi załączany do protokołu kontroli. Zamawiający, po otrzymaniu informacji o wyniku kontroli, załącza ją do protokołu postępowania, jaki prowadzi zgodnie z art. 96 Pzp. Stanowi ona istotny element dokumentacji postępowania, który powinien być przedmiotem analizy ze strony organów nadzorujących zamawiającego oraz inspektorów organów kontrolnych (NIK, RIO).

Art. 167 [Kontrola uprzednia]

1. **Prezes Urzędu może przeprowadzać kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia).**
2. **Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę uprzednią, jeżeli wartość zamówienia:**
 - 1) dla robót budowlanych – przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro;
 - 2) dla dostaw lub usług – przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro.
3. **W przypadku postępowania, o którym mowa w ust. 2, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeżeli wniesiono protest na wybór najkorzystniejszej oferty po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, a przed zawarciem umowy, zamawiający przekazuje Prezesowi Urzędu kopie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.**
1. Z punktu widzenia systemowego najważniejszą formą kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu jest kontrola uprzednia (ex ante). Może być ona przeprowadzana przed podpisaniem umowy, na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne. Ma zatem charakter prewencyjny, ponieważ jej celem jest zidentyfikowanie ewentualnych naruszeń jeszcze przed zaciągnięciem zobowiązań przez zamawiającego i zapobieżenie ich konsekwencjom. Dzięki temu zamawiający ma szansę na uniknięcie ewentualnych konsekwencji tych naruszeń oraz spowodowanych tym strat. Niezależnie od tego pozwala na wczesne ujawnienie działań o charakterze patologicznym i odpowiednio wczesne, a zatem skuteczne, im przeciwdziałanie. Można zatem powiedzieć, że zarówno w jednym, jak i drugim aspekcie w znaczeniu systemowym jej celem jest ochrona budżetu

przed konsekwencjami naruszeń przepisów oraz działań patologicznych. W odniesieniu do zamówień o największej wartości ustawodawca wskazał, że kontrola ta powinna nastąpić po wyborze najkorzystniejszej oferty bądź po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu jeśli takowy wpłynął po wyborze najkorzystniejszej oferty. Kontrola uprzednia jest pierwszym tego typu instrumentem stosowanym przez organy kontrolne uprawnione do badania postępowań o zamówienie publiczne, zapobiegającym wydatkowaniu środków publicznych z naruszeniem prawa.

2. Przy zamówieniach o najwyższej wartości, tzn. takich, których wyrażona w złotych równowartość przekracza w przypadku dostaw i usług 5 000 000. euro, a w przypadku robót budowlanych 10 000 000 euro przeprowadzenie kontroli uprzedniej jest obowiązkowe. Co do zasady obowiązku temu podlegają wszystkie zamówienia, lokujące się powyżej tej granicy wartościowej niezależnie od tego, czego dotyczą i kto jest zamawiającym. Jedyne wyjątek w tym zakresie wprowadza przepis art. 134 ust. 3. Dotyczy on zamawiających sektorowych (Dział III, Rozdział 3 „Zamówienia sektorowe”), którzy po poddaniu swoich procedur związanych z udzielaniem zamówień publicznych okresowemu badaniu i uzyskaniu świadectwa (atestu), że są one zgodne z ustawą i prawem Unii Europejskiej uzyskują zwolnienie od tej kontroli na okres 3 lat.
3. W przypadku zamówień o najwyższej wartości obowiązkiem zamawiającego jest przekazanie Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego. Musi to wykonać z własnej inicjatywy, bez wezwania ze strony Prezesa Urzędu. Przekazywana kopia dokumentacji musi być kompletna, to znaczy zawierać protokół postępowania o zamówienie publiczne o którym mowa w art. 96 ust. 1 wraz z załącznikami, o których mowa w art. 96 ust. 2. Przesłanie kopii dokumentacji następuje niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeśli wniesiono protest na tę czynność, niezwłocznie po ostatecznym rozstrzygnięciu tego protestu. Jak wcześniej powiedziano, zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku musi to nastąpić przed podpisaniem umowy. Wydaje się przy tym oczywiste, że zamawiający z przekazaniem kopii dokumentacji nie powinien czekać na upływ terminu do wniesienia protestu (patrz art. 180 ust. 2). Użyty przez ustawodawcę termin „niezwłocznie” należy rozumieć ściśle, co oznacza w tym przypadku przekazanie dokumentacji najszybciej jak jest to możliwe. Za takim rozumieniem tego określenia przemawia zarówno treść przepisu art. 168 ust. 2 (w przypadku wniesienia protestu po wszczęciu kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu wstrzymuje jej wykonanie do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu), jak i potrzeba takiego ustalania wszelkich terminów dotyczących czynności kontrolnych, aby nie opóźniały one w sposób dolegliwy dla zamawiającego terminu podpisania umowy o zamówienie publiczne.
4. W postępowaniach o wartości powyżej 5 000 000 euro w przypadku usług i dostaw oraz 10 000 000 euro przypadku robót budowlanych, podobnie jak w odniesieniu do zamówień o mniejszej wartości Prezes Urzędu może wszcząć kontrolę uprzed-

nią na każdym etapie prowadzonej procedury, nie czekając na wybór najkorzystniejszej oferty. Uzasadnieniem wcześniejszego wszczęcia czynności kontrolnych mogą być np. wiarygodne informacje o zaistniałych nieprawidłowościach, sygnały medialne, skargi itp. Prezes Urzędu żąda wówczas przekazania kserokopii dokumentacji postępowania na takim etapie, na jakim się ono znajduje, zgodnie z art. 163 i 164. Inicjatywa w tym zakresie należy do Prezesa Urzędu, a skierowane przez niego w tej sprawie żądania muszą być przez zamawiającego wykonane.

Art. 168 [Wszczęcie kontroli uprzedniej]

- 1. Wszczęcie kontroli uprzedniej następuje nie później niż w terminie 7 dni od dnia przekazania Prezesowi Urzędu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, z zastrzeżeniem art. 167 ust. 3.**
 - 2. W przypadku wniesienia protestu po wszczęciu kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu wstrzymuje jej wykonanie do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.**
 - 3. W przypadku wszczęcia kontroli uprzedniej, aż do jej zakończenia, nie można zawrzeć umowy.**
 - 4. Wszczęcie kontroli uprzedniej zawiesza bieg terminu związania ofertą do czasu jej zakończenia.**
 - 5. O zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający informuje niezwłocznie uczestników postępowania.**
 - 6. W przypadku upływu terminu ważności wadium w trakcie kontroli przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 nie stosuje się.**
1. Ostateczny termin wszczęcia kontroli uprzedniej został określony na siódmy dzień liczony od dnia przekazania Prezesowi Urzędu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Norma ta odnosi się do kontroli uprzedniej postępowań o wartości poniżej progów określonych w art. 167 ust. 2. W przypadku zamówień o wartości powyżej tych progów postępowanie kontrolne powinno być wszczęte nie później niż w siódmym dniu liczącym od dnia przekazania Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania. Ratio legis takiej regulacji jest oczywiste; możliwie dokładne określenie terminu, do którego mogą być podejmowane czynności kontrolne leży w żywotnym interesie zamawiającego, a ściślej mówiąc ekonomiki prowadzonego postępowania. Dyscyplinuje też obie strony działań kontrolnych, zarówno zamawiającego jak i Prezesa Urzędu.
2. Trudno jednoznacznie odnieść się do zawartego w ust. 1 komentowanego artykułu wymogu przekazania Prezesowi Urzędu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jest on oczywisty w stosunku do postępowań o wartości powyżej 60 000 euro, bowiem wynika z przepisu art. 92. Z treści tego artykułu wynika, że odnosi się do wszystkich postępowań powyżej tej wartości, także tych, o których mówi art. 167 ust. 2. Zamawiający ma zatem obowiązek nie tylko niezwłocznie przesłać Prezesowi Urzędu kopię dokumentacji, ale także powiadomić go o wy-

braniu najkorzystniejszej oferty. Należy założyć, iż z uwagi na to, że powiadomienie następuje za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej Urzędu informacja o wyborze oferty dojdzie do Prezesa Urzędu wcześniej, niż kopie dokumentów. Sprawa komplikuje się natomiast w stosunku do postępowań poniżej progu 60 000 euro, które przecież także podlegają kontroli uprzedniej. W żadnym razie przy tych postępowaniach nie można stosować wymogu przekazywania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Prezesowi Urzędu, przesądza to zresztą wyraźnie art. 92. Należy zatem sądzić, że w tym przypadku chodzi raczej o termin powzięcia przez Prezesa Urzędu udokumentowanej (wiarogodnej) informacji o wyborze (terminie wyboru) najkorzystniejszej oferty. To z kolei służyć ma określeniu terminu, po jakim nie może on wszcząć kontroli uprzedniej. Oznacza to, że przed podjęciem decyzji o wszczęciu kontroli następczej postępowań o wartości poniżej 60.000 euro Prezes Urzędu powinien ustalić na jakim etapie znajduje się postępowanie które zamierza skontrolować, a przede wszystkim to, czy nie został przekroczony termin, w jakim może ona nastąpić.

3. Jeśli podczas wykonywania kontroli uprzedniej zostanie wniesiony protest, czynności kontrolne zostają przerwane aż do czasu jego ostatecznego rozstrzygnięcia. Dotyczy to wszystkich kontrolowanych postępowań, także tych o największej wartości. Po rozstrzygnięciu protestu czynności kontrolne powinny zostać wznowione, przy czym oczywiste jest, że jej ustalenia powinny uwzględniać działania i decyzje zamawiającego, podjęte w związku z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Uwzględnienie przez zamawiającego bądź przez zespół arbitrów zarzutów zawartych w proteście nie oznacza jednak, że uchybienia czy naruszenia przepisów których były wynikiem nie powinny być uwzględnione w protokole kontroli. Wręcz przeciwnie, powinny mieć one istotny wpływ na treść informacji o wyniku kontroli, a zwłaszcza na wskazanie osób, które są za nie odpowiedzialne.
4. Wszczęcie kontroli uprzedniej uniemożliwia zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Można uczynić to dopiero po jej zakończeniu. W tym miejscu powstaje pytanie, czy jedynym warunkiem zawarcia umowy jest samo zakończenie kontroli uprzedniej, czy też brak naruszeń stwierdzony w informacji o wynikach kontroli bądź wykonanie zaleceń związanych ze stwierdzonymi naruszeniami. Z żadnego przepisu nie wynika ani nakaz uwzględnienia takich zaleceń, ani zakaz zawarcia umowy przy ich nieuwzględnieniu. Jest to zapewne rozwiązanie słuszne, ponieważ w odróżnieniu od procedury obowiązującej w stosunku do protokołu oraz zaleceń pokontrolnych NIK¹, zamawiający nie ma jakichkolwiek

¹ Ustawa o Najwyższej Izbie Kontroli, tekst jednolity Dz. U. z 2001 r., Nr 85, poz. 937 z późn. zm. Art. 56. 1. Kierownik jednostki kontrolowanej lub osoba pełniąca jego obowiązki może w terminie 7 dni od dnia otrzymania stanowiska, o którym mowa w art. 55 ust. 4 zgłosić na piśmie umotywowane zastrzeżenia do dyrektora właściwej jednostki organizacyjnej Najwyższej Izby Kontroli, który przekazuje je, w celu rozpatrzenia, komisji odwoławczej. Art. 61. 1. Kierownik jednostki kontrolowanej lub organ, któremu przekazano wystąpienie pokontrolne, może w terminie 7 dni od jego otrzymania zgłosić umotywowane zastrzeżenia w sprawie zawartych w nim ocen, uwag i wniosków do dyrektora właściwej jednostki organizacyjnej Najwyższej Izby Kontroli (...).

środków odwoławczych od treści informacji o wyniku kontroli oraz od zaleceń pokontrolnych. Jednakże nie uwzględniając zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu czyni to na własną odpowiedzialność, bowiem skutkować to może nieważnością postępowania uniemożliwiająca podpisanie umowy (np. w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7), odmową podpisania umowy przez wykonawcę (art. 169 ust. 6), wystąpieniem do sądu przez Prezesa Urzędu o stwierdzenie nieważności umowy (art. 146 ust. 2).

5. Z chwilą wszczęcia kontroli uprzedniej z mocy prawa następuje zawieszenie biegu terminu związania ofertą. W odróżnieniu od sytuacji, określonej w art. 85 ust. 2–4¹ nie jest do tego wymagana zgoda wykonawców. Nie jest także określony maksymalny termin, na jaki może to nastąpić, choć pośrednio wynika on jedynie z terminów, określonych dla niektórych czynności związanych z prowadzeniem kontroli uprzedniej (np. art. 169 ust. 3). Obowiązkiem zamawiającego jest powiadomieniem o tym fakcie wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Powiadomienie powinno zawierać datę, z jaką następuje zawieszenie biegu terminu związania ofertą. Jest to dzień, w którym doręczono zamawiającemu żądanie przekazania Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania (art. 163 ust. 1). W powiadomieniu zamawiający nie będzie mógł określić daty zakończenia zawieszenia biegu terminu związania ofertą, bowiem jest to zależne od czasu trwania kontroli, który, w dniu jej wszczęcia, byłby zapewne trudny do określenia także dla Prezesa Urzędu. Zakończenie okresu zawieszenia biegu terminu związania ofertą następuje wraz z zakończeniem kontroli uprzedniej. Dniem zakończenia kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o jej wynikach (art. 169 ust. 1), a zatem w tym dniu kończy się okres zawieszenia biegu terminu związania ofertą. Choć przepis tego nie stanowi wydaje się oczywiste, iż także o tym fakcie zamawiający powinien niezwłocznie powiadomić wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, do których wysłał powiadomienie o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą.
6. Ust. 6 komentowanego przepisu stanowi, że upływ terminu ważności wadium podczas trwania kontroli (tzn. w okresie zawieszenia biegu terminu związania ofertą) nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4. Rodzi się jednakże pytanie, jakie są dalsze konsekwencje tego stanu rzeczy, zwłaszcza wówczas, gdy kontrola uprzednia prowadzona jest przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Jeśli oznaczałoby to, że wykonawca, który nie przedłużył terminu ważności wadium lub nie wniósł wadium nowego może

¹ Art. 85. 2. W uzasadnionych przypadkach na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 30 dni.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

4. Zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

5. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

nadal uczestniczyć w postępowaniu aż do jego zakończenia, zamawiający narażony byłby na ewentualność niekorzystnych dla siebie konsekwencji, wynikających z niemożności wykonania dyspozycji art. 46 ust. 5. Zapewne nie to było intencją ustawodawcy. Przyjąć zatem należy, iż w przypadku utraty ważności wadium podczas trwania kontroli uprzedniej (zawieszenia biegu terminu związania ofertą) nie następuje z mocy ustawy wykluczenie z postępowania wykonawcy którego to dotyczy.

Art. 169 [Zakończenie kontroli uprzedniej]

- 1. Zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli uprzedniej.**
 - 2. Informacja o wyniku kontroli uprzedniej zawiera:**
 - 1) określenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli;**
 - 2) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku;**
 - 3) zalecenia pokontrolne.**
 - 3. Doręczenie informacji o wyniku kontroli uprzedniej następuje nie później niż w terminie 14 dni od dnia doręczenia żądanych dokumentów i wyjaśnień.**
 - 4. W zaleceniach pokontrolnych Prezes Urzędu wskazuje na powinność dokonania określonej czynności lub powtórzenia czynności, która została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.**
 - 5. O wykorzystaniu zaleceń pokontrolnych kierownik zamawiającego informuje niezwłocznie Prezesa Urzędu oraz wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.**
 - 6. W przypadku nieuwzględnienia przez zamawiającego zaleceń pokontrolnych wskazujących na nieważność umowy wykonawca może odmówić jej podpisania. Przepisu art. 46 ust. 5 pkt 1 nie stosuje się.**
-
1. Kontrolę uprzednią kończy doręczenie zamawiającemu informacji o jej wynikach. Informacja powinna być sporządzona w formie pisemnej zaraz po zakończeniu czynności kontrolnych i sporządzeniu protokołu kontroli. Zgodnie z regulacją zawartą w art. 166 ust. 1 Prezes Urzędu niezwłocznie przesyła ją zamawiającemu. Waga dokumentu przesądza o tym, że powinno to być dokonane za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Informacja o wynikach kontroli powinna być przez zamawiającego dołączona do prowadzonej przez niego dokumentacji postępowania (protokołu postępowania – art. 96). Drugi egzemplarz informacji, zgodnie z art. 166 ust. 2 stanowi załącznik do protokołu kontroli.
 2. Ust. 2 komentowanego artykułu przesądza treść informacji o wynikach postępowania. Musi ona zawierać określone tam elementy i nic ponadto. Określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli powinno zawierać dane, które pozwolą jednoznacznie zidentyfikować kontrolowane postępowanie, a więc określenie zamawiającego, krótki opis przedmiotu zamówienia, tryb, w jakim

proawdzone było postępowanie oraz okres, w jakim przebiegało. Informacja o stwierdzonych naruszeniach musi ściśle odpowiadać ustaleniom zapisanym w protokole kontroli (art. 165 ust. 2 pkt 5) i tak jak stwierdzono wcześniej (patrz komentarz do art. 166), uwzględniać naruszenia przepisów Pzp i wydanych do niego aktów wykonawczych oraz zapisów znajdujących się w SIWZ. Przy opisie każdego stwierdzonego przypadku naruszenia powinien być wskazany przepis, który został naruszony. Aczkolwiek komentowany artykuł tego nie stanowi wydaje się oczywiste, że ta część informacji o wyniku kontroli powinna zawierać także wskazanie osób odpowiedzialnych za stwierdzone naruszenia. Zalecenia pokontrolne powinny być formułowane w ścisłym związku oraz na podstawie przedstawionych wcześniej naruszeń i mieć na celu ich usunięcie. Nie powinny się one ograniczać wyłącznie do tych naruszeń, które mają lub mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, ale uwzględniać wszystkie stwierdzone podczas kontroli naruszenia, uchybienia oraz nieprawidłowości. W odniesieniu do czynności, która została dokonana z naruszeniem przepisów Pzp obowiązkiem Prezesa Urzędu jest wskazanie zamawiającemu na konieczność jej powtórzenia, a w odniesieniu do czynności, która nie została wykonana, na obowiązek jej wykonania. Wskazanie takie powinno odwoływać się do przepisu, który odnosi się do danej czynności oraz przedstawiać konsekwencje, jakie spowoduje nie wykonanie tego zalecenia. Jeśli kontrola nie wykaże jakichkolwiek naruszeń, w tej części informacji powinno być zawarte stwierdzenie, że postępowanie zostało przeprowadzone prawidłowo (bez naruszeń), czego konsekwencją będzie nie sformułowanie zaleceń pokontrolnych.

3. Termin doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej upływa nie później niż w terminie 14 dni od dnia doręczenia prezesowi Urzędu żądanych na podstawie art. 164 dokumentów lub wyjaśnień. Oznacza to, iż jeśli w toku kontroli nie wystąpi konieczność żądania takich materiałów, a więc innych dokumentów niż te, które zostały przekazane wraz z kopią protokołu postępowania (stanowiące zgromadzoną przez zamawiającego dokumentację postępowania), czynności związane z kontrolą uprzednią nie mogą trwać dłużej niż dwa tygodnie. Jest to termin bardzo krótki, zwłaszcza w odniesieniu do postępowań skomplikowanych i o dużej wartości. Natomiast jeżeli po przekazaniu kopii dokumentacji postępowania, w toku czynności kontrolnych wystąpi konieczność żądania innych, niż zawarte w niej dokumentów, materiałów lub wyjaśnień, termin doręczenia informacji o wynikach kontroli liczy się od dnia doręczenia Prezesowi Urzędu ostatniego z żądanych dokumentów. Rodzi to pewne niebezpieczeństwo, że jeśli dokumentacja postępowania była prowadzona niestarannie lub samo postępowanie obciążone jest uchybieniami wymagającymi wyjaśnienia, kontrola może być dłuższa, niż przewidziane w przepisie dwa tygodnie. Dlatego też w interesie zamawiającego jest, aby zarówno postępowanie jak i jego dokumentacja prowadzone były z dużą starannością i poszanowaniem obowiązujących przepisów.
4. Po otrzymaniu zaleceń pokontrolnych obowiązkiem kierownika zamawiającego jest poinformowanie Prezesa Urzędu o ich wykorzystaniu. Należy zwrócić uwa-

gę iż ustawodawca nie użył tu zwrotu dotyczącego wykonania zaleceń, co potwierdza przedstawioną wcześniej tezę (patrz komentarz do art. 168), że zamawiający nie ma obowiązku ich wykonania. Zatem informacja o „wykorzystaniu” zaleceń pokontrolnych skierowana do Prezesa Urzędu zawierać powinna w odniesieniu do każdego z nich wskazanie, czy i jak zostało ono wykonane, a w odniesieniu do tych, które nie zostały uwzględnione także podanie przyczyn, dla których zamawiający tak postąpił. Informacja taka powinna być przekazana niezwłocznie. Powstaje pytanie, czy „niezwłocznie” po podjęciu decyzji dotyczących realizacji zaleceń pokontrolnych (sposobu ich „wykorzystania”), czy też „niezwłocznie” po ich wykonaniu bądź odmowie wykonania. Z wykładni językowej oraz logicznej przepisu wynika („zawiadomienie o wykorzystaniu”), że poinformowanie Prezesa Urzędu nastąpić powinno niezwłocznie po wykonaniu, bądź podjęciu decyzji o nieuwzględnieniu zaleceń pokontrolnych i odnosić się do faktów dokonanych, a nie do zamiaru ich dokonania. Zamawiający nie może zatem napisać np., iż „postanowił powtórzyć czynność (...)”, lecz że ją powtórzył. Informację o takiej samej treści oraz w tym samym terminie jak do Prezesa Urzędu kierownik zamawiającego jest zobowiązany wysłać do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wymóg ten ma zastosowanie tylko wówczas, gdy kontrola uprzednia miała miejsce po wyborze najkorzystniejszej oferty.

5. Jak wcześniej stwierdzono, zamawiający może nie uwzględnić wszystkich, bądź części zaleceń pokontrolnych zawartych w informacji o wyniku kontroli. Jeżeli z treści informacji o wykorzystaniu zaleceń pokontrolnych jakie otrzymał wykonawca którego oferta została wybrana wynika, że są wśród nich takie, których nieuwzględnienie wskazuje na nieważność umowy, może odmówić jej podpisania. Nie ma wówczas zastosowania przepis art. 46 ust. 5 pkt 1 dotyczący utraty wadium. Oznacza to, że jeśli w tych okolicznościach odmówi on podpisania umowy, nie traci wadium. Ewentualność nieważności umowy nie może jednak być domniemaniem wykonawcy, ale wynikać wprost ze stwierdzeń zawartych w zaleceniach pokontrolnych.

Art. 170 [Kontrola następcza]

- 1. Prezes Urzędu może przeprowadzić kontrolę udzielonego zamówienia w terminie 3 lat od dnia jego udzielenia (kontrola następcza).**
 - 2. Po zakończeniu kontroli następczej Prezes Urzędu przesyła kontrolowanemu informację o wyniku kontroli następczej zawierającą:**
 - 1) określenie przedmiotu zamówienia, które było przedmiotem kontroli;**
 - 2) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**
1. Obok kontroli uprzedniej Prezes Urzędu prowadzi kontrolę następczą (ex post). Kontrola ta może być prowadzona po podpisaniu umowy o zamówienie publiczne w okresie trzech lat od dnia jego udzielenia. Ustalenie takiego okresu kontroli następczej stanowi pewną niekonsekwencję w stosunku do art. 97 ust. 1 który

stanowi, że zamawiający przechowuje protokół wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania i jest chyba pozostałością po regulacjach zawartych w uzp¹. Jeśli ustawodawca ustalił obowiązek przechowywania dokumentacji na 4 lata nic nie stało na przeszkodzie, aby w tym okresie mogła ona podlegać kontroli następczej. Zgodnie z postanowieniami art. 163 wszczęcie kontroli następuje przez doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji postępowania, potwierdzonej za zgodność przez kierownika zamawiającego. Na podstawie art. 164 Prezes Urzędu może żądać kopii dokumentów związanych z postępowaniem, a także od kierownika zamawiającego oraz od pracowników zamawiającego udzielania pisemnych wyjaśnień dotyczących kontrolowanego postępowania. Zgodnie z art. 165 z kontroli sporządza się protokół. Ustawodawca nie ustanowił żadnych ograniczeń dotyczących zakresu podmiotowego bądź przedmiotowego lub czasu trwania kontroli następczej. Może ona zatem dotyczyć każdego zamawiającego i każdego postępowania oraz trwać tyle czasu, ile będzie niezbędne dla starannego wykonania czynności kontrolnych. Zakończeniem kontroli następczej jest wysłanie kontrolowanemu (kierownikowi zamawiającego) informacji o wyniku kontroli.

2. Treść informacji o wyniku kontroli następczej jest co do istoty podobna do informacji przekazywanej zamawiającemu po zakończeniu kontroli uprzedniej. Występują jednakże pewne różnice, przy czym zasadniczą jest to, że informacja o kontroli następczej nie zawiera zaleceń pokontrolnych. Wydaje się to nie do końca słuszne. Wprawdzie trudno cokolwiek zalecać jeśli kontrolowane postępowanie jest już, być może dawno, zakończone, a zamówienie udzielone. Dotyczy to jednakże wyłącznie kontrolowanego zamówienia, podczas gdy w toku kontroli może okazać się, że nieprawidłowości bądź naruszenia dotyczą np. wewnętrznych regulacji normujących pracę komisji przetargowej, co skutkować będzie naruszeniami w przypadku kolejnych postępowań. Nie wiadomo także dlaczego zawarte w ust. 2 pkt 1 art. 169 „określenie postępowania o udzielenie zamówienia (...)” zastąpiono w komentowanym przepisie niezbyt fortunnym (także językowo) zwrotem „określenie przedmiotu zamówienia, które było przedmiotem kontroli”. W tej części informacji o wyniku kontroli zarówno następczej jak uprzedniej chodzi przecież o to samo, mianowicie o określenie przedmiotu kontroli. Jeśli tak, to znaleźć się tu powinno nie tylko „określenie przedmiotu zamówienia”, ale także określenie zamawiającego, trybu, w jakim prowadzone było postępowanie oraz okresu, w jakim przebiegało. Część dotycząca informacji o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku powinna być taka sama, jak w przypadku informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Jej treść musi mieć ścisły związek z ustaleniami zawartymi w odpowiedniej części protokołu kontroli (art. 165 ust. 2 pkt 5), a także, choć ustawa tego nie stanowi, wskazywać zgodnie z zapisem w protokole osoby, które są odpowiedzialne za stwierdzone naruszenia.

¹ Art. 26a. 1. Zamawiający zobowiązany jest, przez okres 3 lat od zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do przechowywania ofert oraz protokołu (dokumentacji podstawowych czynności) w sposób gwarantujący ich nienaruszalność.

Art. 171 [Konsekwencje naruszeń ustawy]

W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Prezes Urzędu może:

- 1) zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych;**
- 2) nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale VII;**
- 3) wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części.**

1. Jeśli kontrola uprzednia lub następcza ujawni naruszenia przepisów Pzp Prezes Urzędu może podjąć czynności, zmierzające do ukarania osób lub podmiotów winnych tych naruszeń oraz do zniesienia skutków postępowania, obarczonego naruszeniem przepisów ustawy. W odniesieniu do sektora finansów publicznych jest to zawiadomienie rzecznika dyscypliny finansów publicznych, w odniesieniu do pozostałych zamawiających – nałożenie kary pieniężnej, o której mowa w dziale VII. W stosunku do jednych i drugich, niezależnie od tego czy skorzysta z wymienionych wcześniej możliwości, Prezes Urzędu ma prawo wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy. Należy zwrócić uwagę, że nie jest to obowiązkiem Prezesa Urzędu w każdym przypadku stwierdzenia naruszeń. Jest to pozostawione do jego decyzji, która powinna być uzależniona od ciężaru stwierdzonych naruszeń oraz ich wpływu na wynik postępowania, a także, w przypadku sektora finansów publicznych od tego, czy naruszenie stanowi czyn przeciwko dyscyplinie finansów publicznych¹. Podstawą takiej decyzji w każdym przypadku muszą być ustalenia zawarte w protokole kontroli oraz wskazania, zawarte w informacji o wyniku kontroli skierowanej do zamawiającego. Zawiadomienie skierowane do rzecznika dyscypliny finansów publicznych nie musi dotyczyć wszystkich osób, wskazanych w protokole kontroli jako winne stwierdzonych naruszeń. Zakres działań możliwych do podjęcia przez Prezesa Urzędu w przypadku stwierdzenia naruszeń w porównaniu ze stanem poprzednim zmienił się niewiele, bowiem możliwość pierwszą (pkt 1) i trzecią (pkt 3) przewidywała uzp. Słusznie natomiast w tym katalogu znalazła się możliwość nakładania kar pieniężnych na podmioty spoza sektora finansów publicznych, które w poprzednim stanie prawnym były praktycznie poza możliwością nałożenia jakichkolwiek sankcji. Szkoda natomiast, że w odniesieniu do osób z sektora finansów publicznych tak jak poprzednio, Prezesowi Urzędu przysługuje jedynie prawo zawiadamiania rzecznika dyscypliny finansów publicznych, a nie samodzielnego występowania do właściwej komisji orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wymagałoby to stosownych zmian w art. 166 ust. 1 ustawy o finansach publicznych².

¹ Art. 165. 1. Kierownik jednostki sektora finansów publicznych (jednostki korzystającej ze środków publicznych) oraz kierownik jednostki nadrzędnej, a także organ kontroli, obowiązany jest niezwłocznie zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o ujawnionym naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

² Art. 166. 1. Postępowanie w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wszczyna przewodniczący komisji orzekającej pierwszej instancji na podstawie wniosku o ukaranie, złożonego przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych, Ministra Finansów, Najwyższą Izbę Kontroli lub Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej.

Byłoby to jednak uzasadnione, bowiem dotychczasowe doświadczenia w tym zakresie wskazują, że nawet w przypadku ewidentnych naruszeń ustawy rzeczniczcy niechętnie i w nielicznych przypadkach kierują wnioski o ukaranie do komisji¹.

2. Naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych w ramach sektora finansów publicznych stanowi czyn, naruszający dyscyplinę finansów publicznych. Przesądza o tym art. 138 ust. 1 pkt 12 ustawy o finansach publicznych². Jeśli Pzp pozostawia do decyzji Prezesa Urzędu czy zawiadomi on rzeczownika dyscypliny finansów publicznych, to, jak wcześniej powiedziano, art. 165 ust. 1 ustawy o finansach publicznych przesądza sprawę jednoznacznie. Zawarta w nim regulacja, w związku z treścią art. 138 ust. 1 pkt 12 tejże ustawy nie pozostawia Prezesowi Urzędu wielkiego wyboru. Praktycznie rzecz biorąc w każdym przypadku stwierdzenia przez prowadzoną kontrolę naruszenia zasady, formy lub trybu postępowania przy udzielaniu zamówienia musi zawiadomić właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych. Po rozpatrzeniu zawiadomienia Prezesa Urzędu i zawartych w nim wniosków rzeczownik może wystąpić do właściwej komisji orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z wnioskiem o ukaranie wskazanych tam osób lub od złożenia takiego wniosku odstąpić. Prezesowi Urzędu nie przysługują w takim przypadku żadne środki odwoławcze. Komisja uznając winę wskazanej osoby może ukarać ją upomnieniem, naganą, karą pieniężną lub zakazem pełnienia funkcji kierowniczych związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres od roku do 5 lat od dnia uprawomocnienia orzeczenia (art. 147 ustawy o finansach publicznych³).

¹ Źródło – Sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2002 i 2003, opublikowane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

² Art. 138. 1. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest popełnienie czynu polegającego na: (...) 12) naruszeniu zasady, formy lub trybu postępowania przy udzielaniu zamówienia publicznego, ustalonych ustawą, o której mowa w art. 28 ust. 4.

³ Art. 147. 1. Karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są:

- 1) upomnienie,
 - 2) nagana,
 - 3) kara pieniężna,
 - 4) zakaz pełnienia funkcji kierowniczych związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres od roku do 5 lat od dnia uprawomocnienia orzeczenia.
2. Karę pieniężną wymierza się w wysokości od jednomiesięcznego do trzymiesięcznego wynagrodzenia pracowniczego, o którym mowa w art. 140, z zastrzeżeniem ust. 3.
 3. Jeżeli wynagrodzenie osoby dopuszczającej się naruszenia dyscypliny finansów publicznych, obliczone jak wynagrodzenie za urlop wypoczynkowy należny w roku, w którym czyn popełniono, jest wyższe od wynagrodzenia, o którym mowa w art. 140, karę pieniężną wymierza się w wysokości od jednomiesięcznego do trzymiesięcznego wyższego wynagrodzenia.
 4. Karę przewidzianą w ust. 1 pkt 4 wymierza się wyłącznie w przypadkach rażącego naruszenia dyscypliny finansów publicznych, przewidzianego w art. 138 ust. 1 pkt 1, 2, 4, 5, 7, 9, 11 i 12.
 5. Ukaranie karą przewidzianą w ust. 1 pkt 4 wyklucza, przez czas określony w orzeczeniu o ukaraniu, możliwość pełnienia funkcji:
 - 1) kierownika, zastępcy kierownika lub dyrektora generalnego,
 - 2) członka zarządu,
 - 3) skarbnika, głównego księgowego lub zastępcy głównego księgowego,
 - 4) kierownika lub zastępcy kierownika komórki bezpośrednio odpowiedzialnej za wykonywanie budżetu lub planu finansowego jednostki sektora finansów publicznych.

Warto podkreślić, że ukaranie pracownika jednostki sektora finansów publicznych za naruszenie dyscypliny finansów publicznych karą nagany lub karą pieniężną jest równoznaczne z jego ujemną oceną kwalifikacyjną, przewidzianą w odrębnych ustawach, i rodzi skutki przewidziane w tych ustawach (art. 151 ust. 1 ustawy o finansach publicznych).

3. Możliwości Prezesa Urzędu w zakresie wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części określa art. 146 ust. 2 Pzp. Ma on zastosowanie także do okoliczności, ustalonych w wyniku kontroli uprzedniej lub następczej. Zawarte w nim przesłanki stanowią katalog zamknięty, a zatem w żadnym innym przypadku możliwość wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności umowy nie istnieje. Od oceny stanu faktycznego i podjętej na tej podstawie decyzji Prezesa Urzędu zależy natomiast, czy z możliwości tych skorzysta.

Rozdział 4 **Arbitrzy**

Art. 172 [Lista arbitrów]

1. Prezes Urzędu prowadzi i ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych listę arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
2. Ogłoszeniu podlegają następujące dane osobowe arbitra:
 - 1) imię i nazwisko;
 - 2) wykształcenie;
 - 3) zawód;
 - 4) stopień lub tytuł naukowy.
3. Prezes Urzędu gromadzi i przetwarza ponadto następujące dane osobowe arbitra:
 - 1) datę i miejsce urodzenia;
 - 2) imiona rodziców i nazwisko rodowe matki;
 - 3) miejsce zamieszkania i adres do korespondencji;
 - 4) dane o posiadanym wykształceniu i przebiegu pracy zawodowej;
 - 5) numer NIP;
 - 6) numer rachunku bankowego;
 - 7) dane o karalności.

1. W odróżnieniu od przepisów uzp, gdzie arbitrom poświęcono trzy artykuły¹ w rozdziale „Protest, odwołanie i skarga” oraz pkt 2 ust. 1 w art. 9, ustawodawca zdecydował się uregulować dotyczącą ich problematykę w odrębnym rozdziale. Zawarte w nim zostały przepisy dotyczące listy arbitrów, przede wszystkim kryteriów, jakie musi spełniać osoba ubiegająca się o wpis na tę listę oraz zasad

¹ Art. 88 i art. 89, art. 92 ust. 2–5.

jej kształtowania. Jest to rozwiązanie słuszne, porządkujące i kompleksowo regulujące tę materię.

2. Podobnie jak pod rządami poprzedniej ustawy listę arbitrów rozpatrujących odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestu prowadzi Prezes Urzędu. Lista podlega ogłoszeniu w BZP i musi zawierać podstawowe dane dotyczące arbitra, określone w ust. 2. W sytuacji, w której arbitrów nie wskazują strony postępowania i Prezes Urzędu, a komputerowy program losujący, dane te mają znaczenie wyłącznie informacyjne. Ustawodawca nie przesądził, w jakim terminie po zakończeniu naboru na listę i ustalenia jej składu ma być ona ogłaszana. Należy jednak przyjąć, że powinno to nastąpić niezwłocznie po wpisaniu na listę przez Prezesa Urzędu wszystkich osób uprawnionych oraz zgromadzeniu wszystkich danych tych osób, podlegających publikacji. Przepis nie nakłada na Prezesa Urzędu obowiązku publikowania listy arbitrów na stronie internetowej Urzędu, należy jednak przyjąć, że tak jak dotychczas, powinna ona być tam ogłaszana.
3. Obowiązek Prezesa Urzędu dotyczący „prowadzenia i ogłaszania w BZP listy arbitrów” obejmuje także zmiany dokonywane na tej liście. Przesądza o tym art. 173 ust. 10 który mówi że Prezes Urzędu ogłasza w BZP o wpisie i skreśleniu z listy arbitrów, wygaśnięciu kadencji arbitra oraz o zawieszeniu go w prawach i obowiązkach. Niezależnie od tego ogłoszeniu powinna podlegać także pełna lista, nie uwzględniająca jednak nazwisk oraz danych osób skreślonych bądź zawieszonych. Podobnie jak w przypadku publikacji listy arbitrów po jej ustaleniu powinno to następować niezwłocznie i obejmować także stosowne ogłoszenie na stronie internetowej Urzędu.
4. Obowiązkiem Prezesa Urzędu jest prowadzenie bazy danych dotyczących arbitrów wpisanych na listę. Poza danymi podlegającymi publikacji musi ona zawierać informacje, określone w ust. 3. Osoba wpisana na listę zobowiązana jest udostępnić te dane Prezesowi Urzędu. Zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych¹ podlegają one ochronie, za co jest on odpowiedzialny. Na przetwarzanie tych danych, zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych², nie jest wymagana zgoda arbitra. Dane zwarte w bazie powinny być systematycznie aktualizowane i uzupełniane.

Art. 173 [Arbitrzy]

1. Arbitrem może być osoba, która:

- 1) jest obywatelem polskim;**
- 2) posiada wyższe wykształcenie;**

¹ Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

² Art. 23 ust. 1 Przetwarzanie danych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy: (...) 2) zezwalają na to przepisy prawa.

- 3) posiada pełną zdolność do czynności prawnych;
 - 4) korzysta z pełni praw publicznych;
 - 5) nie była prawomocnie skazana za przestępstwo umyślne;
 - 6) w ciągu ostatnich 5 lat nie została skreślona z listy arbitrów z powodu rażącego naruszenia obowiązków arbitra.
2. Prezes Urzędu wpisuje na listę arbitrów osoby spełniające warunki, o których mowa w ust. 1, które z najlepszymi wynikami zdały egzamin ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień przed komisją egzaminacyjną powołaną przez Prezesa Urzędu. Wpis na listę arbitrów następuje w drodze decyzji administracyjnej.
 3. Arbitr składa Prezesowi Urzędu co roku do dnia 31 marca oświadczenie o:
 - 1) toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych wraz z informacją dotyczącą przedmiotu postępowania;
 - 2) swoim stanie majątkowym według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego.
 4. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 3 pkt 2, arbitr składa na formularzu, którego wzór jest określony w przepisach o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne.
 5. Kadencja arbitra trwa 6 lat, licząc od daty wpisu na listę arbitrów.
 6. Arbitra skreśla się z listy arbitrów przed upływem kadencji wyłącznie w następujących okolicznościach:
 - 1) utraty obywatelstwa polskiego;
 - 2) utraty lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych;
 - 3) utraty pełni praw publicznych;
 - 4) prawomocnego skazania za przestępstwo umyślne;
 - 5) rażącego naruszenia lub uporczywego naruszania obowiązków arbitra;
 - 6) odmowy złożenia ślubowania;
 - 7) niezłożenia oświadczeń, o których mowa w ust. 3;
 - 8) złożenia przez arbitra wniosku o skreślenie z listy.
 7. Za rażące naruszenie obowiązków arbitra, o którym mowa w ust. 6 pkt 5, należy rozumieć pełnienie funkcji arbitra w sposób stroniczy, występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym w sprawach zamówień, niezłożenie wniosku o wyłączenie z udziału w postępowaniu w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wykonywanie arbitrowi jego obowiązków.
 8. Skreślenia z listy arbitrów dokonuje Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.
 9. Prezes Urzędu, w drodze decyzji administracyjnej, zawiesza arbitra w jego prawach i obowiązkach w przypadku postawienia arbitrowi zarzutu popełnienia przestępstwa przekupstwa lub innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.
 10. O wpisie na listę arbitrów, skreśleniu z listy arbitrów, wygaśnięciu kadencji arbitra albo zawieszeniu w prawach i obowiązkach arbitra Prezes Urzędu ogłasza w Biuletynie Zamówień Publicznych.

1. Ust. 1 określa kryteria, jakie spełnić musi osoba ubiegająca się o wpis na listę arbitrów. Przez długi czas uzp nie określała takich kryteriów jak również warunków wpisu na listę arbitrów, co praktycznie zamykało dostęp na tę listę. Dopiero nowelizacja z dnia 29 sierpnia 2003 r.¹ wypełniła te luki, wprowadzając stosowne zmiany oraz nowe zapisy do art. 92 uzp. Pzp w zasadzie je powtarza. W katalogu kryteriów, jakie musi spełniać kandydat na arbitra pojawił się wymóg wyższego wykształcenia którego wcześniej nie było, przy czym, podobnie jak wcześniej, przepis nie preferuje żadnego z rodzajów wykształcenia np. prawniczego. Warto zwrócić uwagę, że utrzymany został wymóg niekaralności za przestępstwo umyślne oraz nieskreślenia w okresie ostatnich pięciu lat z listy arbitrów z powodu rażącego naruszenia obowiązków arbitra. Zachodzi pytanie, czy wymieniony w przepisie katalog kryteriów nie jest za wąski. Jednakże w związku z tym, że kryterium przesądzającym o wpisie na listę jest poziom wiedzy dotyczącej zamówień publicznych, wydaje się on wystarczający, tym bardziej, że umożliwia ubieganie się o wpis na listę szerokiemu kręgowi kandydatów. Zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej oraz zakresu egzaminu² kandydat musi potwierdzić spełnianie tych warunków przedłożeniem dokumentów lub stosownych oświadczeń.
2. Warunki wpisu na listę są w pełni zobiektywizowane. Kandydat musi spełniać kryteria określone w ust. 1 oraz zdać z najlepszym wynikiem egzamin ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień. Egzamin zdawany jest przed komisją egzaminacyjną powołaną przez Prezesa Urzędu. Zasady powoływania komisji egzaminacyjnej, zadania oraz tryb jej pracy, sposób przygotowania i przeprowadzenia egzaminu, ustalenia jego wyników, a także wykaz zagadnień do egzaminu reguluje przywoływane wcześniej rozporządzenie Rady Ministrów. Zgodnie z § 4 komisja egzaminacyjna składa się z 5–7 osób wyróżniających się wiedzą z zakresu zamówień publicznych, wskazanych przez Radę Zamówień Publicznych bądź arbitrów, którzy nie ubiegają się o ponowny wpis na listę. Do zadań komisji należy między innymi przygotowanie materiałów egzaminacyjnych, przeprowadzenie egzaminu, sprawdzenie i ustalenie jego wyników oraz przedstawienie ich, wraz ze sprawozdaniem, Prezesowi Urzędu.
3. Egzamin ma formę testu wyboru i składa się ze 100 pytań i prowadzony jest z zachowaniem zasad anonimowości; rozkodowanie arkuszy odpowiedzi następuje dopiero po ich sprawdzeniu i ustaleniu wyniku egzaminu danego kandydata. Wyniki egzaminu zatwierdzane są przez Prezesa Urzędu. Kandydat ma prawo odwołać się od wyników egzaminu do Prezesa Urzędu. Zgodnie z § 14 rozporządzenia wpisu na listę arbitrów dokonuje się w ramach limitu osób określonych w ogłoszeniu o naborze na listę arbitrów, przy czym wpisuje się te osoby, które

¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, Dz. U. z 2003 r. Nr 165, poz. 1591.

² Dz. U. Nr 98, poz. 997.

zdały egzamin i uzyskały liczbę punktów, „mieszczącą się” w tym limicie. W praktyce może to oznaczać, że część osób, które uzyskały liczbę punktów zaliczającą egzamin nie uzyska wpisu na listę. Jeżeli dwóch lub więcej kandydatów, którzy zdali egzamin z miejscem uprawniającym do wpisu na listę arbitrów w danym naborze uzyskało taką samą liczbę punktów, Prezes Urzędu wpisuje na listę wszystkich tych kandydatów. Przyjęcie takich zasad kształtowania listy arbitrów oznacza, że może być ona zarówno większa, jak i mniejsza od limitu miejsc, określonego w ogłoszeniu. Wpis na listę arbitrów następuje w trybie decyzji administracyjnej.

4. Nowym obowiązkiem arbitra wpisanego na listę jest składanie dwóch oświadczeń: o toczących się przeciwko niemu postępowaniach karnych oraz o stanie majątkowym. Muszą być składane Prezesowi Urzędu co roku, do dnia 31 marca. Przepis stanowi, że oświadczenie majątkowe składane jest na formularzu określonym w przepisach o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Co do zasady mają tu zastosowanie przepisy art. 10 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne¹, natomiast wzór oświadczeń, zgodnie z delegacją zawartą w art. 11 ustawy, określił w trybie rozporządzenia Prezydent RP². W odniesieniu do arbitrów zastosowanie ma oświadczenie, składane zgodnie z wzorem określonym w załączniku Nr 3 do tego rozporządzenia. Oświadczenie, po złożeniu, jest poufne. Prezes Urzędu, jako osoba uprawniona do odbierania oświadczeń, zgodnie z art. 11 ust. 7 i 8 przywoływanej wcześniej ustawy, ma prawo dokonywania analizy zawartych w nim danych oraz porównywania analizowanego oświadczenia z treścią uprzednio złożonych oświadczeń. Nie złożenie przez arbitra oświadczeń skutkuje skreśleniem go z listy (ust. 6 pkt 7).
5. Kolejnym nowym rozwiązaniem wprowadzonym przez komentowany przepis jest kadencyjność pełnienia funkcji arbitra. Jest to rozwiązanie z jednej strony tworzące mechanizm okresowego sprawdzania poziomu wiedzy i kwalifikacji fachowych osób sprawujących tę funkcję, z drugiej zaś gwarantujące co trzy lata (art. 174 ust. 1) możliwość ubiegania się o wpis na listę osobom, które są tym zainteresowane. Kadencja ustalona została na okres 6 lat, licząc od daty wpisu na listę arbitrów. Wyjątek od tej zasady wprowadza art. 224 Pzp. Stanowi on, że w przypadku pierwszej kadencji (zgodnie z art. 223 ust. 2 zaczęła się 3 września 2004 r.) Prezes Urzędu wpisuje na listę arbitrów osoby, które zdały egzamin z liczbą punktów niższą od połowy limitu osób, które zostaną wpisane na tę listę, na okres lat trzech. Jest to sytuacja jednorazowa, konieczna dla zrealizowania w przyszłości zasady, że przy sześciolletniej kadencji nabór na listę prowadzony jest co trzy lata.

¹ Dz. U. z 1997 r. Nr 106, poz. 679 z późn. zm.

² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 31 grudnia 1997 r. w sprawie ustalenia wzorów formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym. Dz. U. z 1997 r. Nr 162, poz. 1106.

6. Skreślenie arbitra z listy przed upływem kadencji jest możliwe wyłącznie w okolicznościach określonych w ustawie. Przy ich wystąpieniu Prezes Urzędu ma obowiązek skreślenia arbitra z listy („arbitra skreśla się ...”). Ich katalog jest zamknięty i podobny do tego, który znajdował się w art. 92 ust. 3 uzp, jednakże zawiera istotne różnice. Między innymi przyjęto szerszą formułę „utrata”, a nie tylko zrzeczenia się obywatelstwa polskiego, a także „utrata i ograniczenia”, a nie tylko ograniczenia zdolności do czynności prawnych. Wyraźnemu rozszerzeniu uległa przesłanka dotycząca naruszania obowiązków arbitra. Skreśleniem skutkować będzie nie tylko ich rażące naruszenie, ale także naruszenie uporczywe. Co należy rozumieć pod pojęciem „rażącego naruszenia” obowiązków arbitra precyzuje ust. 7 komentowanego artykułu. Jest to pełnienie funkcji arbitra w sposób stroniczy, występowanie jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym oraz niezłożenie wniosku o wyłączenie z postępowania w przypadku, gdy okoliczności uniemożliwiają arbitrowi wykonywanie jego obowiązków (patrz komentarz do art. 186 ust. 3 i 4). Za „naruszanie uporczywe” uznać należy te naruszenia obowiązków, które nie będąc „rażącymi” powtarzają się wielokrotnie (np. odmawianie udziału w rozpatrywaniu odwołań bez ważnych przyczyn). Ocena występowania i stopnia nasilenia tej przesłanki, podobnie jak w przypadku „rażącego naruszenia” przesłanki pełnienia funkcji w sposób stroniczy należy do Prezesa Urzędu, który powinien kierować się w tym zakresie czytelnymi, jasno określonymi kryteriami.
7. Kolejnym, nowym rozwiązaniem dotyczącym funkcji arbitra jest możliwość zawieszenia go w prawach i obowiązkach. Może to mieć miejsce wyłącznie w przypadku postawienia arbitrowi zarzutu popełnienia przestępstwa przekupstwa lub innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowych¹. Należy podkreślić, że chodzi tu o postawienie zarzutu arbitrowi w rozumieniu przepisów Kpk², a nie o wszczęcie postępowania przygotowawczego przeciwko niemu lub „w sprawie”, w której w jakiś sposób uczestniczy. Jest to rozwiązanie kontrowersyjne bowiem może się zdarzyć, iż arbiter, na którym ciąży poważne poszlaki popełnienia przestępstwa uczestniczył będzie w orzekaniu, nawet przez dłuższy okres. Zawieszenie arbitra ma charakter obligatoryjny. Dokonuje go Prezes Urzędu w trybie decyzji administracyjnej.
8. Podobnie jak wpisu na listę, skreślenia arbitra z listy Prezes Urzędu dokonuje w trybie decyzji administracyjnej. Oznacza to, że skreślönemu z listy arbitrowi przysługuje prawo odwołania się od tej decyzji, zgodnie z właściwością miejscową, do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

¹ Patrz np. art. 239, art. 240, art. 241 Kk.

² Patrz art. 269 i art. 270 Kpk.

Art. 174 [Nabór na listę arbitrów]

1. Prezes Urzędu prowadzi nabór na listę arbitrów raz na trzy lata.
2. Ogłoszenie o naborze zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych.
3. Ogłoszenie zawiera w szczególności:
 - 1) informację o limicie osób, które zostaną wpisane na listę arbitrów w danym naborze;
 - 2) termin przyjmowania zgłoszeń kandydatów na arbitrów, nie krótszy niż 30 dni od dnia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
 - 3) wykaz dokumentów, które należy dołączyć do zgłoszenia kandydata;
 - 4) termin przeprowadzenia egzaminu, o którym mowa w art. 173 ust. 2, oraz informację o minimalnej liczbie punktów zaliczającej ten egzamin.
4. Uprawnionymi do zgłaszania kandydatów na arbitrów są:
 - 1) Prezes Urzędu;
 - 2) ministrowie, kierownicy urzędów centralnych i wojewodowie;
 - 3) organizacje, o których mowa w art. 179 ust. 2;
 - 4) ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego;
 - 5) regionalne izby obrachunkowe;
 - 6) okręgowe izby radców prawnych;
 - 7) okręgowe rady adwokackie.

1. Przy sześcioletniej kadencji arbitra nabór na listę arbitrów prowadzony jest przez Prezesa Urzędu co trzy lata. W chwili ogłoszenia naboru wiadomo, ilu arbitrom kończy się kadencja. Nie oznacza to jednak, że liczba osób wpisanych na listę w wyniku tego naboru musi być równa liczbie arbitrów, których kadencja dobiegła końca. Przepisy nie określają ani wielkości listy arbitrów, ani ilości osób, wpisywanych na nią w wyniku kolejnych naborów. Ustawodawca pozostawił to do decyzji Prezesa Urzędu, który powinien ją uzależniać od ilości wnoszonych odwołań oraz ilości postępowań, wymagających obecności obserwatora. Warto zauważyć, że przy pierwszym naborze prowadzonym zgodnie z Pzp limit miejsc na liście arbitrów ustalony został przez Prezesa Urzędu na 350. Na listę wpisanych zostało 363 osoby (patrz § 18 ust. 3 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej oraz zakresu egzaminu¹), przy czym na podstawie art. 224 Pzp 160 osób na kadencję trzyletnią.
2. Ogłoszenie o naborze na listę arbitrów zamieszczane jest w BZP. Jego treść ustala Prezes Urzędu, ale ustawodawca przesądził, jakie informacje muszą się w nim znaleźć. Najważniejsze spośród nich, poza terminem przeprowadzenia egzaminu, to limit osób, które zostaną wpisane w danym naborze, minimalna liczba

¹ § 18. Jeżeli dwóch lub więcej kandydatów, którzy zdali egzamin z miejscem uprawniającym do wpisu na listę arbitrów w danym naborze uzyskało taką samą liczbę punktów, Prezes Urzędu wpisuje na listę wszystkich tych kandydatów.

punktów, zaliczająca egzamin oraz termin przyjmowania zgłoszeń kandydatów na arbitrów, który nie może być krótszy niż 30 dni od daty ogłoszenia. Ogłoszenie powinno również zawierać informację o dokumentach potwierdzających spełnianie warunków określonych w art. 173 ust. 1, jakie należy dołączyć do zgłoszenia. Kwestię tę rozstrzyga § 3 ust. 2 przywoływanego wcześniej rozporządzenia Rady Ministrów. Zgodnie z tym przepisem dokumentami tymi są: kserokopie odpowiednich stron dowodu osobistego oraz dokumentu potwierdzającego posiadanie wyższego wykształcenia, informacja z Krajowego Rejestru Sądowego oraz oświadczenia o posiadaniu pełnej zdolności do czynności prawnych, korzystaniu z pełni praw publicznych, wyrażeniu zgody na ubieganie się o wpis na listę arbitrów oraz o tym, że kandydat w okresie ostatnich pięciu lat nie został skreślony z listy arbitrów z powodu rażącego naruszenia obowiązków arbitra. Niezbędne jest też oświadczenie o wyrażeniu zgody na przetwarzanie danych osobowych kandydata.

3. Kandydatów na arbitrów zgłaszać mogą wyłącznie podmioty wymienione w komentowanym przepisie. Oznacza to, że zgłoszenie dokonane przez jakiegokolwiek inny podmiot, a także samego kandydata, jest nieskuteczne. Ustawodawca utrzymał tu rozwiązanie zawarte w uzp¹, przy czym rozszerzona została lista podmiotów uprawnionych do zgłaszania kandydatów. Tak jak poprzednio są na niej Prezes Urzędu oraz ministrowie, kierownicy urzędów centralnych, wojewodowie, ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego oraz regionalne izby obrachunkowe. Istotną zmianą zaszła natomiast w odniesieniu do organizacji zrzeszających przedsiębiorców. Zrezygnowano z szerokiej formuły zawartej w art. 92 ust. 2 pkt 4 uzp² na rzecz odesłania do art. 179 ust. 2 Pzp (patrz komentarz do tego artykułu). Jest to rozwiązanie słuszne, bowiem z jednej strony zawiera szerszy niż wymieniony w uzp katalog podmiotów (ust. 3)³, zawężając równocześnie uprawnienie do zgłaszania kandydatów poprzez przyznanie go tym spośród nich, które posiadają prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 2 Pzp). Oznacza to, że prawo zgłaszania kandydatów na arbitrów mają tylko te organizacje zrzeszające wykonawców, które zgodnie ze swoim wnioskiem zostały wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu, a zatem zainteresowane aktywnym udziałem w procesie ochrony zagrożonych interesów wykonawców uczestniczących w rynku zamówień publicznych. Istotnym *novum*, świadczącym o istotnej roli, jaką sprawują w systemie zamówień

¹ Art. 92 ust. 2.

² Art. 92 ust. 2 pkt 4. stowarzyszenia zawodowe, samorządy gospodarcze i inne organizacje gospodarcze.

³ Art. 179 ust. 3. Przez organizacje zrzeszające wykonawców, o których mowa w ust. 2, należy rozumieć podmioty działające na podstawie przepisów o:

1) izbach gospodarczych;

2) rzemiośle;

3) samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców;

4) organizacjach pracodawców;

5) samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów.

publicznych zawody prawnicze jest przyznanie prawa zgłaszania kandydatów na arbitrów dwóm najważniejszym korporacjom prawniczym: okręgowym izmom radców prawnych oraz okręgowym radom adwokackim.

Art. 175 [Obowiązki i prawa arbitra]

- 1. Przed podjęciem obowiązków arbiter jest obowiązany złożyć przed Prezesem Urzędu ślubowanie, powtarzając słowa: „Ślubuję sumiennie wypełniać obowiązki arbitra, orzekać bezstronnie, zgodnie z przepisami prawa, dochowywać zasad etyki arbitra, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”. Złożenie ślubowania arbiter potwierdza podpisem pod jego treścią.**
 - 2. Arbiter jest obowiązany postępować zgodnie z zasadami etyki arbitra, w szczególności pełnić swoją funkcję z godnością i najwyższą starannością, w sposób bezstronny. Przy rozpatrywaniu odwołania arbiter nie jest reprezentantem żadnego z uczestników postępowania ani Prezesa Urzędu.**
 - 3. Osoba wpisana na listę arbitrów nie może występować jako pełnomocnik w postępowaniu odwoławczym w sprawach zamówień.**
 - 4. Arbiter podlega ochronie prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych.**
 - 5. Pracodawca jest obowiązany zwolnić arbitra na czas niezbędny do wywiązania się ze sprawowanej funkcji, w tym funkcji obserwatora, bez zachowania prawa do wynagrodzenia za ten czas.**
 - 6. Arbitrowi przysługuje wynagrodzenie za wykonywane czynności.**
-
1. Warunkiem podjęcia przez arbitra obowiązków jest złożenie ślubowania przed Prezesem Urzędu. Złożenie ślubowania musi być potwierdzone własnoręcznym podpisem pod tekstem zawierającym rotę ślubowania, której treść określa ust. 1. Jest to rozwiązanie nowe, bowiem obowiązku ślubowania nie przewidywały przepisy uzp, ale niewątpliwie słuszne. Akt ślubowania poprzedza podjęcie wykonywania funkcji lub przystąpienie do zawodu, które wiążą się z zaufaniem publicznym oraz mają szczególne społeczne znaczenie. Między innymi złożenie ślubowania jest warunkiem podjęcia funkcji sędziego¹, a także wpisu na listę

¹ Ustawa Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 2001 r. Nr 98 poz. 1070 z późn. zm. Art. 66. Przy powołaniu sędziego składa ślubowanie wobec Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej według następującej rotę:

„Ślubuję uroczyście jako sędzia sądu powszechnego służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, stać na straży prawa, obowiązki sędziego wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według mego sumienia, dochować tajemnicy państwowej i służbowej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”; składający ślubowanie może dodać na końcu zwrot: „Tak mi dopomóż Bóg.”

radców prawnych¹. Rota ślubowania określona w komentowanym przepisie zawiera podstawowe normy etyczne, uwzględniane we wszystkich tego rodzaju aktach. Niezłożenie ślubowania skutkuje skreśleniem z listy, powstaje natomiast pytanie, jakie skutki rodzi sprzeniewierzenie się ślubowaniu bądź niedotrzymanie niektórych z określonych w niej norm. Choć ustawodawca wprost tego nie przesądził wydaje się oczywiste, że w każdym przypadku powinno to stanowić podstawę do wszczęcia przez Prezesa Urzędu postępowania poprzedzającego skreślenie arbitra z listy.

2. Tezę tę potwierdza *ratio legis* przepisu ust. 2. Po raz kolejny ustawodawca powraca do obowiązku przestrzegania przez arbitra norm etycznych, pełnienia obowiązków z godnością i najwyższą starannością, w sposób bezstronny. Stanowi to wyraz ogromnego znaczenia oraz rangi, jaką w systemie zamówień publicznych ma funkcja arbitra. Jest więc rzeczą oczywistą, że tej wysokiej pozycji odpowiadać muszą równie wysokie wymogi etyczne oraz odpowiednie konsekwencje w przypadku ich naruszania. Wyraz temu dała także Rada Zamówień Publicznych w przyjętych w sierpniu 2004 r. „Zasadach etyki arbitra”².
3. Przy rozpatrywaniu odwołania arbitra jest niezależny, nie reprezentuje żadnej ze stron postępowania ani Prezesa Urzędu. Niezależność tę gwarantuje wiele przepisów zawartych w Pzp, poczynając od tych, które odnoszą się do trybu naboru i zasad kształtowania listy arbitrów. Najistotniejsze znaczenie mają jednak unormowania odnoszące się do sposobu wyznaczania składu orzekającego, które odbywa się całkowicie losowo, w drodze jawnego losowania nazwisk arbitrów przez komputer. W ten sposób całkowicie zerwano z niedobłą praktyką lat ubiegłych, kiedy wskazywani przez strony arbitrzy często uważani byli za reprezentantów ich interesów, zgodnie zresztą z ideą sądu polubownego. Konsekwentnie, Prezes Urzędu pozbawiony został kompetencji do wskazywania przewodniczącego składu orzekającego, bowiem także jego wyznacza program losujący.
4. Słusznie utrzymany został przepis zakazujący arbitrom występowanie w charakterze pełnomocnika strony przy postępowaniu odwoławczym. Jest to w pełni uzasadnione rozmiarem tego rodzaju praktyk, które miały miejsce do czasu wprowadzenia zakazu w tym zakresie nowelizacją uzp z dnia 22 czerwca

¹ Ustawa o radcach prawnych, tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 z późn. zm. Art. 27

1. Rota ślubowania składanego przez radcę prawnego ma następujące brzmienie: „*Ślubuję uroczystość w wykonywaniu zawodu radcy prawnego przyczyniać się do ochrony i umacniania porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, obowiązki zawodowe wypełniać sumiennie i zgodnie z przepisami prawa, zachować tajemnicę zawodową, postępować godnie i uczciwie, kierując się zasadami etyki radcy prawnego i sprawiedliwości.*”

2. Ślubowanie odbiera dziekan rady okręgowej izby radców prawnych prowadzącej listę radców prawnych, na którą wpisany został radca prawny.

² Zasady etyki arbitra § 27: Naruszenie niniejszych zasad stanowi uchybienie, które może być traktowane jako rażące naruszenie obowiązków arbitra, co zgodnie z art. 173 ust. 6 pkt 5 stanowi podstawę skreślenia arbitra z listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

2001 r.¹ Słusznie też złamanie tego zakazu traktowane jest jako „rażące” naruszenie obowiązków arbitra, skutkujące skreśleniem go z listy. Pewne wątpliwości budzi natomiast dwukrotne odniesienie się do tego problemu – w komentowanym przepisie i w art. 173 ust. 7.

5. Choć arbiter nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 Kk, na mocy komentowanego przepisu podlega ochronie prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych. Wynika ona z przepisów Rozdziału XXIX Części szczególnej Kk, przede wszystkim z art. 222² i art. 226³.
6. Pracodawca jest zobowiązany udzielić arbitrowi zwolnienia na czas pełnienia przez niego funkcji arbitra lub obserwatora, bez prawa do wynagrodzenia za czas, jaki poświęcił na wykonywanie czynności związanych z tymi funkcjami. Nie wyklucza to możliwości wykorzystania w tym celu przez arbitra urlopu wypoczynkowego, urlopu okolicznościowego lub przysługujących mu na mocy odrębnych przepisów dni wolnych. Wynagrodzenie arbitra za wykonywane czynności określają rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrow⁴ oraz w sprawie trybu wyznaczania obserwatora, wykonywania czynności obserwatora oraz wysokości wynagrodzenia za czynności obserwatora⁵.

Art. 176 [Upoważnienie]

Rada Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, tryb wpisu na listę arbitrow, sposób powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakres egzaminu – biorąc pod uwagę zapewnienie obiektywnego sprawdzenia przygotowania kandydatów, sprawnego przeprowadzania postępowań odwoławczych oraz okoliczność, że potwierdzeniem spełnienia warunków, o których mowa w art. 173 ust. 1, mogą być dokumenty zawierające infor-

¹ Art. 1 pkt 51 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. Dz. U. z 2001 r. Nr 76 poz. 813.

² Art. 222. § 1. Kto narusza netykalność cielesną funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 wywołało niewłaściwe zachowanie się funkcjonariusza lub osoby do pomocy mu przybranej, sąd może zastosować nadzwyczajnie złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

³ Art. 226. § 1. Kto znieważa funkcjonariusza publicznego albo osobę do pomocy mu przybraną podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

§ 2. Przepis art. 222 § 2 stosuje się odpowiednio.

§ 3. Kto publicznie znieważa lub poniża konstytucyjny organ Rzeczypospolitej Polskiej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

⁴ Dz. U. z 2004 r. Nr 48 poz. 461.

⁵ Dz. U. z 2004 r. Nr 75 poz. 703.

macje podlegające ochronie danych osobowych, w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego.

Zgodnie z powyższą delegacją Rada Ministrów wydała rozporządzenie z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakresu egzaminu. Rozporządzenie opublikowane zostało w Dzienniku Ustaw z dnia 1 maja 2004 r. Nr 98 poz. 997.

Rozdział 5 Obserwator

Art. 177 [Postępowania z udziałem obserwatora]

1. Postępowania, w których wartość zamówienia:

- 1) dla robót budowlanych – przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro;**
- 2) dla dostaw lub usług – przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro**

– są poddane obowiązkowej kontroli polegającej na udziale niezależnego obserwatora.

2. Zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, o którym mowa w ust. 1, zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu.

3. Obserwator jest wyznaczany przez Prezesa Urzędu spośród osób wpisanych na listę arbitrów.

4. Obserwatorem nie może być osoba, która pozostaje z zamawiającym w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności obserwatora.

5. Arbiter nie może być wyznaczony do rozpoznania odwołania wniesionego w postępowaniu, w którym brał udział jako obserwator.

1. Obserwator stanowi nową i niezmiernie ważną instytucję w polskim systemie zamówień publicznych. *Ratio legis* ustanowienia funkcji obserwatora przedstawione w uzasadnieniu do projektu Pzp zakłada, że „w konsekwencji wpłynie on mobilizująco na zamawiających oraz zmniejszy nieprawidłowości w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia, powodując efektywniejsze gospodarowanie środkami publicznymi”. Podkreśla się też, że obserwator jest „niezależny”, co w praktyce oznacza brak jakiegokolwiek związku pomiędzy nim, a stronami uczestniczącymi w postępowaniu prowadzonym przy jego obecności. Choć przepisy dotyczące obserwatora podczas prac sejmowej podkomisji nadzwyczajnej budziły pewne kontrowersje, z całą pewnością są to założenia modelowo słuszne, a ich realizacja powinna dobrze służyć uczciwości i przejrzystości prowadzonych procedur. Zgodnie z delegacją zawartą w art. 178 ust. 5 Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie trybu wyznaczania

obserwatora, wykonywania czynności obserwatora oraz wynagrodzenia za czynności obserwatora¹. Zawarte w nim regulacje mają istotne znaczenie stosowanie przepisów zawartych w Rozdziale 5 dotyczących obserwatora i wykonywanie tej funkcji przez wyznaczone osoby, dlatego też w dalszych częściach komentarza dotyczącego tych przepisów będą często przywoływane.

2. Systemowe znaczenie instytucji obserwatora wynika z roli, jaką ma on do spełnienia w zakresie kontroli zamówień publicznych o największej wartości. To, że obserwator spełnia funkcje kontrolne nie budzi żadnej wątpliwości, bowiem przesądza o tym ust. 1 komentowanego artykułu; udział obserwatora stanowi obowiązkową kontrolę postępowania. Obok kontroli uprzedniej (*ex ante*) obserwator stanowi więc kluczowy element nadzoru państwa nad sposobem wydatkowania środków podlegających przepisom Pzp przy zamówieniach o największej wartości. Prezes Urzędu ma obowiązek wyznaczenia obserwatora przy zamówieniach, które objęte są obligatoryjną kontrolą uprzednią, a więc powyżej 10 000 000 euro w przypadku robót budowlanych i 5 000 000 euro w przypadku dostaw i usług.
3. Obowiązkiem zamawiającego jest zawiadomienie Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania, którego wartość przekracza wymienione wyżej kwoty. Za dzień wszczęcia postępowania w przypadku przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem uważa się dzień publikacji ogłoszenia o tym postępowaniu (art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1), w przypadku negocjacji bez ogłoszenia dzień przekazania wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenia do negocjacji (art. 63 ust. 1). W odniesieniu do zamówienia z wolnej ręki, analogicznie jak w przypadku negocjacji bez ogłoszenia, za dzień wszczęcia postępowania uznać należy dzień przekazania wybranemu wykonawcy zaproszenia do negocjacji. Licząc od dnia wszczęcia postępowania zamawiający ma trzy dni na wysłanie zawiadomienia do Prezesa Urzędu. Powinien to uczynić w formie pisemnej. Treść zawiadomienia określona została w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów. Zgodnie z § 1 musi ono zawierać: nazwę i siedzibę (adres) zamawiającego, a także imię i nazwisko oraz numer telefonu osoby upoważnionej do kontaktów w związku z danym postępowaniem, przedmiot postępowania oraz wartość zamówienia, tryb postępowania, termin oraz miejsce otwarcia ofert. Choć przepis tego nie stanowi wskazane byłoby, aby zamawiający podał również datę i miejsce publikacji ogłoszenia o postępowaniu (datę i numer BZP oraz pozycję publikacyjną), a w odniesieniu do zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki datę i numer decyzji Prezesa Urzędu.
4. Prezes Urzędu wyznacza obserwatora spośród osób, wpisanych na listę arbitrów. Nie wiążą go w tym zakresie żadne inne wymogi, np. dot. wykształcenia, doświadczenia zawodowego, znajomości problematyki dotyczącej przedmiotu zamówienia itp. Zgodnie z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w tym samym dniu, w którym wyznaczył obserwatora Prezes Urzędu zawiadamia o tym

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 75, poz. 703.

fakcie zamawiającego oraz obserwatora. Może to uczynić pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeśli zawiadomienie nastąpiło faksem lub drogą elektroniczną potwierdza je niezwłocznie na piśmie. W zawiadomieniu skierowanym do zamawiającego wskazuje imię i nazwisko obserwatora oraz jego adres do korespondencji, w zawiadomieniu skierowanym do obserwatora zamieszcza informacje przekazane mu w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania, jakie przesłał zamawiający. Jeżeli wyznaczony obserwator nie może podjąć się wykonywania funkcji z powodu okoliczności uzasadniających jego wyłączenie lub z powodu innych ważnych przyczyn niezwłocznie powiadamia o tym zamawiającego oraz Prezesa Urzędu, który wyznacza innego obserwatora (§ 3 ust. 1 rozporządzenia). Jeżeli okoliczności uniemożliwiający obserwatorowi wykonywanie funkcji ujawnią się po jej podjęciu, wykonuje, o ile to możliwe, swoje obowiązki do czasu wyznaczenia nowego obserwatora i przekazuje prezesowi UZP informację w zakresie, w jakim brał udział w postępowaniu (§ 3 ust. 2 rozporządzenia).

5. Funkcję obserwatora może sprawować wyłącznie osoba gwarantująca pełną bezstronność, to znaczy nie pozostająca z zamawiającym w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości w tym zakresie. Wymóg ten nie odnosi się do wykonawców którzy złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym z udziałem obserwatora ale wydaje się oczywiste, iż powinien on mieć zastosowanie także w tym przypadku. Przepis nie określa, o jaki rodzaj stosunków prawnych i faktycznych chodzi, wskazuje jedynie kryterium ich oceny – „bezstronność” obserwatora. Ocena spełniania tego kryterium pozostawiona została z jednej strony Prezesowi Urzędu, z drugiej samemu obserwatorowi. Wydaje się, że w tym zakresie należy posiłkować się przepisem art. 162 ust. 1 Pzp, który odnosi się do wyłączenia od udziału w kontroli pracownika Urzędu. Obowiązek ustalenia, czy nie zachodzą okoliczności mogące budzić uzasadnione wątpliwości dotyczące bezstronności osoby, której zamierza powierzyć funkcję obserwatora ciąży przede wszystkim na Prezesie Urzędu. Powinien to ustalić przed wyznaczeniem obserwatora. Obowiązek ten dotyczy także obserwatora, który w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających wątpliwości w tym zakresie powinien przedstawić je Prezesowi Urzędu niezwłocznie po wyznaczeniu go do tej funkcji lub, jeśli już podejmie czynności obserwatora, z chwilą uzyskania wiedzy o ich zaistnieniu. Z oczywistych powodów osoba, pełniąca funkcje obserwatora nie może być członkiem zespołu arbitrów rozpoznającego odwołanie dotyczące postępowania, w którym tę funkcję sprawowała. Jeżeli losowanie komputerowe wskaże taką osobę, prezes Urzędu zarządza ponowne losowanie.

Art. 178 [Obowiązki obserwatora]

1. **Obserwator jest obecny w trakcie prac komisji przetargowej od otwarcia ofert.**
2. **Obserwator sporządza informację o przebiegu prac komisji przetargowej, którą przedstawia kierownikowi zamawiającego oraz Prezesowi Urzędu.**

3. Informacja, o której mowa w ust. 2, stanowi załącznik do protokołu.
4. Wynagrodzenie za czynności obserwatora pokrywa Prezes Urzędu.
5. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:
 - 1) tryb wyznaczania obserwatora oraz tryb wykonywania czynności obserwatora;
 - 2) wysokość wynagrodzenia za czynności obserwatora– mając na względzie konieczność zapewnienia bezstronności i sprawności udzielania zamówień.

1. Pełnienie swoich obowiązków obserwator rozpoczyna od posiedzenia komisji przetargowej poświęconego otwarciu ofert. Zgodnie z dyspozycją zawartą w ust. 1 „jest obecny” w trakcie jej prac i kończy sprawowanie swojej funkcji w momencie zakończenia pracy przez komisję przetargową. Niewątpliwie powinna być to obecność bierna, bowiem obserwator nie ma prawa ingerowania w jakikolwiek sposób czy w jakiegokolwiek formie w prace komisji przetargowej. Nie powinien też pełnić roli konsultanta czy doradcy w przypadku występujących wątpliwości lub problemów natury formalnej bądź merytorycznej. Przypatruje się i przysłuchuje pracy komisji przetargowej, oceniając zgodność i poprawność wykonywanych przez nią czynności z przepisami Pzp, zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokumentów, normujących pracę komisji przetargowej. Zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów obserwator ma prawo do swobodnego wstępu na posiedzenia komisji przetargowej i obecności podczas jej prac, a także do wglądu do dokumentów i materiałów związanych z postępowaniem.
2. Obowiązkiem zamawiającego jest powiadomienie obserwatora z co najmniej trzydniowym wyprzedzeniem o terminach i miejscu pracy komisji przetargowej. Krótszy termin jest możliwy wyłącznie za zgodą obserwatora (§ 4 ust. 1 rozporządzenia). Jeżeli z ważnych przyczyn leżących po jego stronie prawidłowo powiadomiony obserwator nie może być obecny podczas prac komisji przetargowej w terminie wskazanym przez zamawiającego, musi niezwłocznie powiadomić o tym zamawiającego, który wyznacza nowy termin. Zasadą powinno być, że obserwator sprawuje swoją funkcję w taki sposób, aby nie utrudniać oraz nie komplikować pracy komisji przetargowej, a także podejmowania decyzji kierownikowi zamawiającego. Dlatego też jego nieobecność na posiedzeniu komisji przetargowej w wyznaczonym terminie może mieć miejsce z wyjątkowo ważnych i niebudzących wątpliwości powodów. Jeżeli jednak obserwator prawidłowo powiadomiony odmawia obecności na posiedzeniach komisji przetargowej, nie powiadamia zamawiającego o swojej nieobecności lub pomimo wyznaczenia nowego terminu zawiadomił zamawiającego o niemożności przybycia na posiedzenie komisji, zamawiający niezwłocznie informuje o tym Prezesa Urzędu i zawieszają prace komisji przetargowej do czasu wyznaczenia nowego obserwatora (§ 4 ust. 3 rozporządzenia). W takiej sytuacji obowiązkiem Prezesa jest wyznaczenie obserwatora nie później niż w dniu następującym po dniu otrzymania takiej informacji (§ 4 ust. 4 rozporządzenia).

3. Po zakończeniu czynności obowiązkiem obserwatora jest sporządzenie informacji o przebiegu prac komisji przetargowej. Informacje tę przedstawia kierownikowi zamawiającego oraz Prezesowi Urzędu. Niewątpliwie powinna być ona przygotowana na piśmie i ewentualnie, jeśli Prezes Urzędu tego zażąda, przekazana także w formie elektronicznej. Przepis ustawy nie stanowi ani w jakim terminie informacja powinna być przekazana, ani co powinna zawierać. Rozstrzyga to natomiast § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów. Termin na złożenie informacji wyznaczony został na trzy dni od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty. Poza danymi dotyczącymi zamawiającego, przedmiotu zamówienia, imienia i nazwiska obserwatora, daty podjęcia i zakończenia czynności, wyszczególnienia dni pracy obserwatora oraz daty sporządzenia i podpisu obserwatora informacja powinna zawierać: opis prac komisji przetargowej ze szczególnym uwzględnieniem sposobu dokonywania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz opis nieprawidłowości, jeśli takowe obserwator zauważył. Z oczywistych względów szczególne znaczenie mają dwa ostatnie elementy informacji, a zwłaszcza opis stwierdzonych nieprawidłowości. Powinien on dotyczyć wszystkich nieprawidłowości w pracy komisji, nie tylko tych, które wiążą się bezpośrednio z oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej. Mogą to być np. zauważone przez obserwatora próby nacisku na członków komisji przetargowej ze strony osób trzecich, ograniczanie suwerenności decyzji ze strony kierownika zamawiającego, próby kontaktu czy porozumiewania się członków komisji bądź pracowników zamawiającego z wykonawcami, którzy złożyli oferty w postępowaniu itp.
4. Jeżeli po wyborze najkorzystniejszej oferty wpłynął protest, obserwator kontynuuje swoje czynności, także w przypadku, gdy sporządził informację i przekazał ją kierownikowi zamawiającego oraz Prezesowi Urzędu. W takiej sytuacji jego rola kończy się dopiero z chwilą ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (patrz art. 182 ust. 2 i 3). Sporządza wówczas informację dodatkową o przebiegu prac komisji przetargowej i podobnie jak informację poprzednią, przekazuje ją kierownikowi zamawiającego oraz Prezesowi Urzędu (§ 6 ust. 3 rozporządzenia). Przepis nie mówi nic o terminie, w jakim powinien to uczynić ale wydaje się oczywiste, że podobnie jak w przypadku informacji podstawowej nie powinien on być dłuższy niż trzy dni od dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.
5. Wynagrodzenie za czynności obserwatora pokrywa Prezes Urzędu. Jest ono wypłacane w terminie 30 dni od dnia przekazania pisemnej informacji i przebiegu prac komisji przetargowej. Zgodnie z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wynosi 400 zł. za każdy dzień obecności podczas prac komisji przetargowej, przy czym za wynagrodzenie za udział w jednym postępowaniu nie może przekroczyć 5000 zł.

Dział VI Środki ochrony prawnej

Rozdział 1 Przepisy wspólne

Art. 179 [Podmioty uprawnione]

1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.
 2. Przed upływem terminu do składania ofert w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy środki ochrony prawnej przysługują również organizacjom zrzeszającym wykonawców wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa Urzędu.
 3. Przez organizacje zrzeszające wykonawców, o których mowa w ust. 2, należy rozumieć podmioty działające na podstawie przepisów o:
 - 1) izbach gospodarczych;
 - 2) rzemiośle;
 - 3) samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców;
 - 4) organizacjach pracodawców;
 - 5) samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów.
 4. Wpisu na listę, odmowy wpisu lub skreślenia z listy, o której mowa w ust. 2, dokonuje Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.
 5. Lista organizacji, o której mowa w ust. 2, podlega ogłoszeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.
-
1. Przez „środki ochrony prawnej” należy rozumieć określone w ustawie środki odwoławcze (protest i odwołanie) oraz skargę do sądu. Skarga do sądu nie jest środkiem odwoławczym lecz szczególnym środkiem kontroli orzeczeń zespołów arbitrów (wyroków i postanowień kończących postępowanie odwoławcze), wykonywanej przez sąd powszechny.
 2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zważywszy na jego cel – wybór najkorzystniejszej oferty pozwalający na zawarcie umowy cywilnoprawnej w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – jest postępowaniem o charakterze cywilnoprawnym. Wynikają z tego określone konsekwencje natury prawnej. Obie strony są zainteresowane we właściwej realizacji swych praw podmiotowych¹, dlatego do ich realizacji dochodzi zwykle w sposób bezkolizyjny. Może się jednak zdarzyć, że dochodzi do sytuacji, gdy jedna ze stron naru-

szy swym zachowaniem uprawnienia drugiej strony (np. nie wywiąże się ze swych obowiązków). Zachodzi wówczas potrzeba zapewnienia uprawnionemu odpowiednich środków mających na celu zmuszenie zobowiązanego do uczynienia zadość jego obowiązkom. Te środki składają się na pojęcie ochrony praw podmiotowych². Są to przede wszystkim środki o charakterze materialnoprawnym, mające na celu przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Gdy nie okażą się one skuteczne, ochrona prawna wkracza w sferę prawa procesowego³. Konkludując, przez ochronę praw podmiotowych należy rozumieć system roszczeń, jakie przysługują uprawnionemu w razie naruszenia lub tylko zagrożenia jego prawa⁴. O tym, jakie roszczenia powstają po stronie uprawnionego decyduje treść tego prawa. W rozważanym przypadku, w razie naruszenia przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego praw wykonawcy, stosuje się przepisy traktujące o środkach ochrony prawnej (art. 179 i nast.).

3. Konsekwencją tego, że środkami ochrony prawnej są środki odwoławcze (protest i odwołanie) oraz skarga do sądu powszechnego jest podział postępowania związanego z ochroną prawną na: postępowanie protestacyjne, postępowanie odwoławcze, postępowanie skargowe. Postępowanie protestacyjne toczy się przed zamawiającym. Wszczyzna je protest, a kończy rozstrzygnięcie protestu lub brak jego rozstrzygnięcia w określonym ustawą terminie. Rozstrzygnięciem protestu jest jego odrzucenie, uwzględnienie lub oddalenie. Skutkiem prawnym braku rozstrzygnięcia protestu w ustawowym terminie jest jego oddalenie. Postępowanie odwoławcze toczy się przed zespołem arbitrów. Wszczyzna je wniesienie odwołania, a kończy wyrok lub kończące postępowanie odwoławcze postanowienie zespołu arbitrów (wyjątkiem jest zwrot odwołania przez Prezesa UZP w razie nieuiszczenia przez odwołującego się wpisu od odwołania). Postępowanie skargowe toczy się przed sądem powszechnym (sądem okręgowym właściwym według miejsca zamieszkania lub siedziby zamawiającego). Wszczyzna je wniesienie skargi na wyrok zespołu arbitrów lub na postanowienie zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze. W postępowaniu skargowym mają odpowiednie zastosowanie przepisy procedury cywilnej o apelacji, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy Pzp są przepisami szczególnymi (*legis specialis*) w stosunku do przepisów Kpc o apelacji.
4. Środki ochrony prawnej przysługują podmiotowi uprawnionemu do ich wnoszenia pod warunkiem wykazania, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Dodanie w komentowanym przepisie zwrotu „w uzyskaniu

¹ Prawem podmiotowym jest przyznana przez normę prawną na rzecz podmiotu stosunku prawnego sfera możliwości postępowania w sposób określony w tej normie, czyli zgodnie z treścią prawa przedmiotowego. Por. S. Grzybowski: (w) System prawa cywilnego Tom I, Wydawnictwo PAN 1985 s. 216.

² Zob. J. Ignatowicz (w) System prawa cywilnego Tom I, Wydawnictwo PAN 1985 s. 856.

³ Tamże s. 857.

⁴ Tamże.

zamówienia” oznacza merytoryczną zmianę pojęcia interesu prawnego w stosunku do stanu dotychczasowego (w art. 79 ust. 1 uzp zwrotu tego nie było). W praktyce kształtującej się pod rządami uzp interes prawny był pojmowany jako interes prawny w uzyskaniu zamówienia i w tym kontekście samo spojrzenie na problem nie uległo zmianie.

5. Pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy a doznaniem (możliwością doznania) uszczerbku w jego interesie prawnym przez podmiot uprawniony do ich wnoszenia musi istnieć normalny związek przyczynowy. Związek taki zachodzi, gdy skutek jest następstwem „normalnym” zdarzenia rozpatrywanego jako przyczyna, „normalnym” w tym znaczeniu, że jeśli wystąpi zdarzenie rozpatrywane jako przyczyna, zwiększa ono prawdopodobieństwo powstania zdarzenia określonego jako skutek. W rozważanym przypadku przyczyną jest naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, a skutkiem uszczerbek (możliwość uszczerbku) w interesie prawnym wnoszącego środek ochrony prawnej.
6. Interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, co oznacza, że niewykazanie tej przesłanki skutkuje oddaleniem wniesionego środka. Pojęcie „interes prawny” użyte w ustawie należy rozumieć w sposób określany w prawie cywilnym. Wynika to z cywilistycznego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i celu tego postępowania, którym jest cywilnoprawna umowa w sprawie zamówienia publicznego. W prawie cywilnym interes prawny strony jest rozumiany szeroko, chodzi bowiem o interes prawny strony wynikający z zagrożenia dla jej sfery prawnej, zarówno majątkowej, jak i niemajątkowej.
7. W orzecznictwie zespołów arbitrów i Sądu Okręgowego w Warszawie, kształtującym się pod rządem uzp utrwalił się pogląd, że interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę nie może być oceniany pod kątem jego ewentualnego i niepewnego udziału w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie i uzyskania w nim wyniku polegającego na wyborze jego oferty. Każdy podmiot (organ) uprawniony do rozpoznania określonego środka ochrony prawnej (zamawiający, zespół arbitrów, właściwy sąd powszechny) jest obowiązany żądać od wnoszącego taki środek (protest, odwołanie czy skargę do sądu) wykazania, że jego interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.
8. Obowiązku wykazania interesu prawnego nie mają organizacje zrzeszające wykonawców (ust. 2). Korzystając ze środków ochrony prawnej działają one w imieniu własnym, a nie na rzecz konkretnego wykonawcy. Uprawnienia tych organizacji podlegają w związku z powyższym istotnemu ograniczeniu czasow-

wemu określone w ust. 2, bowiem dotyczą przypadków naruszenia przepisów ustawy dokonanych przez zamawiających „przed upływem terminu do składania ofert”. W przypadku odrzucenia czy oddalenia protestu organizacji jest ona legitymowana do wniesienia odwołania, a w razie jego oddalenia przez zespół arbitrów – do wniesienia skargi do sądu.

9. Odwołanie może wnieść podmiot, którego protest został odrzucony lub oddalony; skargę do sądu może wnieść odwołujący się, którego odwołanie zostało odrzucone lub oddalone. Prawo wniesienia skargi służy także zamawiającemu i Prezesowi UZP.
10. Przez „naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy” należy rozumieć naruszenie przepisów Pzp i aktów wykonawczych wydanych na podstawie zawartych w niej upoważnień.
11. Legitymowanymi do wnoszenia środków ochrony prawnej są podmioty wymienione w ust. 1 i 2 – wykonawcy, uczestnicy konkursu, inne osoby oraz organizacje zrzeszające wykonawców wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzoną przez Prezesa UZP, przy czym zakres tej legitymacji jest różny i zależy od charakteru postępowania związanego z wnoszeniem poszczególnych środków ochrony prawnej. Są to podmioty działające na podstawie przepisów następujących ustaw: o izbach gospodarczych¹, o rzemiośle², o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców³, o organizacjach pracodawców⁴, o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów⁵. Wykaz, o którym mowa w ust. 3 stanowi katalog zamknięty. Podmioty działające na podstawie przepisów innych, niż w nim wymienione nie mogą uzyskać wpisu na listę, o której mowa w ust. 4.
12. Przez „inne osoby”, którym przysługują środki ochrony prawnej należy rozumieć osoby niebędące wykonawcami i uczestnikami konkursu, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (np. osoba, która zamierza oprotestować zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu publicznym jako nieodpowiadające wymogom ustawy i tym samym nie pozwalające jej na podjęcie decyzji o uczestnictwie w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne).

¹ Dz. U. z 1989 r. Nr 35 poz. 195 z późn. zm.

² Tekst jednolity Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 979 z późn. zm.

³ Dz. U. z 1989 r. Nr 35, poz. 194 z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 1991 r. Nr 55, poz. 235 z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42 z późn. zm.

Rozdział 2 Protest

Art. 180 [Przedmiot i termin wniesienia protestu]

1. Wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść pisemny protest do zamawiającego.
 2. Protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, z zastrzeżeniem ust. 3. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Do uczestników konkursu oraz organizacji, o których mowa w art. 179 ust. 2, przepis stosuje się odpowiednio.
 3. Protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się nie później niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert.
 4. Wniesienie protestu jest dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy.
 5. Zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie lub wniesiony przez podmiot nieuprawniony.
 6. Protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, związane przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.
-
1. Protest może być wniesiony wobec każdej czynności zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz wobec każdego przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy. Przepis ust. 1 usuwa ostatecznie wątpliwość, jaka istniała pod rządami uzp w kwestii protestu na zaniechanie (bezczynność) zamawiającego. Przyjęte rozwiązanie uwzględnia postulaty orzecznictwa i piśmiennictwa.
 2. Czynnością zamawiającego jest jego działanie podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które rodzi określone skutki prawne. Czynnością zamawiającego jest np. zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu, opracowanie SIWZ, dokonanie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z każdej z tych czynności wynikają, w zależności od ich charakteru, określone skutki prawne. Praktyka wskazuje, że wymienione wyżej czynności są najczęstszą przyczyną protestów.
 3. Zaniechanie występuje, gdy zamawiający nie podejmuje w toku postępowania tych czynności, do których podjęcia jest obowiązany na podstawie ustawy, np. nie wykonuje obowiązku niezwłocznego udzielenia wykonawcy wyjaśnienia treści SIWZ, mimo zwrócenia się przez niego o takie wyjaśnienie czy obowiązku zawiadomienia wykonawcy o wyborze oferty.

4. Ustawodawca przyjął rozwiązanie, według którego protest musi być „pisemny”, tj. wniesiony na piśmie. Oznacza to, że chcąc skutecznie wnieść protest, protestujący jest obowiązany dostarczyć zamawiającemu pismo zawierające jego treść. Wobec powyższego do instytucji protestu nie mają zastosowania przepisy art. 27 i art. 28 (protest nie jest „oświadczeniem” w rozumieniu tych przepisów), ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami prawnymi. Przemawiają za tym dwa równie istotne argumenty: wprowadzenie odrębnej regulacji dotyczącej protestu (art. 180 ust. 1), niemożność przyjęcia rozwiązania, według którego w zależności od wartości przedmiotu zamówienia do protestu miałyby zastosowanie odmienne regulacje prawne (zawarte w art. 27 i 28), do tego sprzeczne z regulacją podstawową (art. 180 ust. 1).
5. Termin 7 dni do wniesienia protestu jest terminem zawitym. Jego bezskuteczny upływ skutkuje wygaśnięciem prawa uprawnionego do środka ochrony prawnej wobec tej samej czynności lub tego samego zaniechania zamawiającego. Konsekwencją takiego charakteru prawnego terminu zawitego jest niemożność żądania jego przywrócenia. Wobec tego, że termin do wniesienia protestu jest oznaczony w dniach, przy sposobie jego obliczenia stosuje się przepisy art. 111 Kc. Rozpoczyna on bieg następnego dnia od zdarzenia (jest nim w rozważanym przypadku czynność zamawiającego stanowiąca przedmiot protestu), a kończy się z upływem ostatniego dnia (dzień kończy się o północy). Jeżeli ostatni dzień jest dniem ustawowo wolnym od pracy, stosownie do przepisu art. 115 Kc termin upływa następnego dnia.
6. Ustalenie przez protestującego początku biegu siedmiodniowego terminu do wniesienia protestu nie stanowi z reguły problemu, pomocna jest tu zasada pisemności postępowania wyrażona w art. 9 ust. 1. Trudności interpretacyjne powoduje natomiast użyty w ust. 2 zwrot „lub mógł powziąć” wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu. Ustawodawca skorzystał ponownie (zwrot taki zawierał już przepis art. 84 ust. 2 uzp) z instytucji domniemania faktycznego, tj. możliwości uznania za ustalony fakt mającego znaczenie w sprawie, jeżeli wniosek można wyprowadzić z innych ustalonych faktów. W rozważanym przypadku dotyczy to faktu powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu. Zespół ustalonych faktów, stanowiący podstawę domniemania umożliwia wyciągnięcie logicznego wniosku co do faktu domniemanego. Ustalenie podstawy domniemania wymaga przeprowadzenia szczegółowego postępowania dowodowego. Domniemanie faktyczne o którym mowa, rzadko jest stosowane w praktyce. Może być ono wykorzystane np. w przypadku protestu na treść ogłoszenia, gdy zostało zamieszczone w BZP lub OJ, a wcześniej w siedzibie zamawiającego. Praktyka preferuje rozwiązanie wynikające z zasady pisemności (udokumentowanie pismem zdarzenia stanowiącego podstawę protestu).
7. Utrzymane zostało dotychczasowe rozwiązanie, według którego protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego w taki sposób, że

mógł on zapoznać się z jego treścią. Protest potraktowano zatem jak oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie. Jest ono mianowicie złożone z chwilą, gdy doszło do osoby tej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (art. 61 Kc). Odpowiada też ono istocie postępowania protestacyjnego wyrażającej się w tym, że protest kierowany jest do zamawiającego. Przyjęte rozwiązanie ma ten walor, że czyni skutecznym doręczenie protestu z chwilą, gdy zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią, co nie jest tożsame z faktycznym zapoznaniem się z tą treścią. Chwila faktycznego zapoznania się zamawiającego z treścią protestu jest bez znaczenia prawnego dla skuteczności jego wniesienia (doręczenia).

8. Wyjątkiem od zasady jest ograniczenie dotyczące terminu wnoszenia protestu wobec postanowień SIWZ. Termin ten wynosi 7 dni, a jego ograniczenie wyraża się w tym, że protest wobec tej czynności zamawiającego wnosi się nie później niż 3 dni przed upływem terminu składania ofert. Ograniczenie jest uzasadnione względami praktycznymi. Dopuszczalność wniesienia protestu wyłącznie przed zawarciem umowy jest oczywista gdy weźmie się pod uwagę, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest zawierana po ostatecznym zakończeniu postępowania i stanowi jego efekt.
9. Odrzucenie protestu jest czynnością zamawiającego. Może ono nastąpić przy zaistnieniu jednej z dwóch przesłanek: protest został wniesiony po terminie, protest wniosła osoba nieuprawniona. Pierwsza z tych przesłanek zachodzi, gdy z obliczenia terminu dokonanego przez zamawiającego wynika, że protest doszedł do niego po upływie ustawowego terminu 7 dni. W przypadku drugiej przesłanki konieczne jest ustalenie przez zamawiającego, że osoba, która wniosła protest nie jest osobą do tego uprawnioną. Może przy tym chodzić o osobę, która nie należy do kręgu „innych osób” uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1, jak również o osobę, która nie posiada uprawnienia do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu wymienionego w art. 179 ust. 1 i 2 (wykonawcy, uczestnika konkursu, organizacji zrzeszającej wykonawców wpisanej na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, prowadzonej przez Prezesa UZP). Odrzucenie protestu z podanych wyżej powodów jest obowiązkiem zamawiającego, także wtedy, gdy protest jest merytorycznie uzasadniony.
10. Przepis ust. 6 określa minimum warunków formalnych, jakim powinien odpowiadać protest. Jest to konieczne gdy weźmie się pod uwagę, że stanowi on oświadczenie woli protestującego wobec oprotestowanej czynności zamawiającego. Z treści protestu musi wynikać w sposób jednoznaczny, jakiej czynności czy zaniechania zamawiającego on dotyczy i jakie są zarzuty wobec tej czynności czy zaniechania. Ustawodawca wymaga, aby zarzuty były sformułowane zwięźle oraz aby na ich uzasadnienie zostały przytoczone okoliczności faktyczne i prawne. Przytoczenie okoliczności faktycznych oznacza podanie faktów potwierdzających zarzuty. Uzasadnienie prawne sprowadza się do wskazania

przepisów Pzp lub aktów wykonawczych do tej ustawy, które – zdaniem protestującego – zostały przez zamawiającego naruszone.

11. Konsekwencją zawartych w proteście zarzutów wobec czynności czy zaniechania zamawiającego jest żądanie, przez które należy rozumieć określenie zachowania zamawiającego, jakiego protestujący oczekuje od niego w następstwie wniesionego protestu. Z reguły będzie to żądanie zmiany oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności zaniechanej, rzadziej żądanie unieważnienia oprotestowanej czynności.
12. Z treści przepisu ust. 6 wynika, że wymagania, jakim powinien odpowiadać protest są znaczące. Wniesienie protestu wobec dokonanej czynności zmusza zamawiającego do ponownego, dokładnego rozważenia oprotestowanej czynności, co nie może pozostawać bez wpływu na rozstrzygnięcie protestu, a jednocześnie stwarza protestującemu możliwość skutecznego korzystania z pozostałych środków ochrony prawnej (odwołanie, skarga do sądu). W przypadku protestu wobec zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności wynikającej z Pzp rozważenia wymaga przyczyna i zasadność zaniechania.

Art. 181 [Wniesienie protestu]

- 1. W przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.**
 - 2. O zawieszeniu biegu terminu związania ofertą zamawiający informuje niezwłocznie wykonawców, którzy złożyli oferty, wzywając ich, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na wydłużony okres.**
 - 3. O wniesieniu protestu oraz jego treści i zarzutach zamawiający zawiadamia niezwłocznie wykonawców uczestniczących w postępowaniu.**
 - 4. Uczestnikami postępowania protestacyjnego stają się także wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, którzy przystąpią do protestu w terminie 2 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, o którym mowa w ust. 3.**
 - 5. Wykonawca, który nie przystąpił do protestu, nie może następnie wnieść protestu powołując się na te same okoliczności.**
1. Według przepisu ust. 1 skutkiem wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert jest zawieszenie biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. W związku z tym należy podkreślić, że: obowiązuje tu ograniczenie czasowe, a mianowicie „wniesienie protestu po upływie terminu składania ofert” (*lege non distinguente* wniesienie protestu przed upływem terminu składania ofert skutku takiego nie wywołuje), zawieszenie biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu następuje z mo-

cy prawa („ulega zawieszeniu”), o tym, kiedy protest jest ostatecznie rozstrzygnięty stanowi przepis art. 182 ust. 1.

2. Zawieszenie biegu terminu związania ofertą następuje wprawdzie z mocy prawa, ale z tego zdarzenia prawnego wynikają dla zamawiającego określone obowiązki, wymienione w ust. 2. Mają one charakter obligatoryjny, tzn. zamawiający nie może uchylić się od ich wykonania, w przeciwnym razie narusza ustawę. Z literalnego brzmienia tego przepisu wynika wprawdzie, że zamawiający informuje o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą „wykonawców, którzy złożyli oferty”, ale stosując metodę wykładni logicznej należy przyjąć, iż chodzi o tych wykonawców, którzy złożyli oferty i w dacie zawieszenia biegu terminu związania ofertą pozostali uczestnikami postępowania (nie zostali przed tą datą wykluczeni z postępowania lub złożone przez nich oferty nie zostały odrzucone czy cofnięte). Nie byłoby przecież sensu wzywania tych wykonawców, którzy przestali być już uczestnikami postępowania do przedłużania ważności wadium lub wnoszenia nowego wadium na wydłużony okres i to pod rygorem wykluczenia z postępowania.
3. Zamawiający jest obowiązany do zawiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu o: wniesieniu protestu (fakcie wniesienia protestu), treści protestu, zarzutach podniesionych w proteście. Zwrot „wykonawców uczestniczących w postępowaniu” oznacza wykonawców (w rozumieniu art. 2 pkt 11), którzy obok składającego protest ubiegają się w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Obowiązek zawiadomienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wniesieniu protestu musi być wykonany niezwłocznie. Nieodokreślony termin „niezwłocznie” powinien oznaczać „natychmiast”, „tego samego dnia”, „nie później niż następnego dnia”. Takie rozumienie terminu „niezwłocznie” wynika z zamysłu ustawodawcy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno się toczyć szybko (stąd liczone w dniach terminy dla poszczególnych czynności uczestników postępowania) i sprawnie. Zawiadomienie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wniesieniu protestu nie powinno zawierać informacji dotyczących danych o składającym protest. Doręczanie zatem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopii protestu (obejmującej dane o osobie protestującego) wydaje się wadliwe.
4. W ust. 4 została utrzymana instytucja przystąpienia do protestu. Z instytucji tej mogą korzystać wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, którzy wyrażą wolę przystąpienia (przyłączenia się) do wniesionego przez innego wykonawcę protestu. Wola przystąpienia do protestu musi być wyrażona na piśmie skierowanym do zamawiającego w terminie 2 dni (pod rządem uzp był to termin dłuższy – 3 dni), przy czym termin ten jest zachowany, jeżeli najpóźniej ostatniego tj. drugiego dnia pismo o przystąpieniu dotarło do adresata w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią. Termin 2 dni liczy się od dnia otrzymania zawiadomienia o wniesieniu protestu.

5. Przez przystąpienie do protestu, wykonawca, który dokonał skutecznie czynności przystąpienia staje się uczestnikiem postępowania protestacyjnego. Może zatem – w razie odrzucenia lub oddalenia protestu – korzystać z pozostałych środków ochrony prawnej (odwołania, skargi do sądu) i to także wtedy, gdy wnoszący protest wykonawca z uprawnienia tego nie skorzystał. Rezygnacja wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z możliwości przystąpienia do protestu skutkuje utratą prawa do wniesienia następnie własnego protestu z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne i prawne. Zaznaczyć należy, iż instytucja przystąpienia do protestu nie znalazła większego odzewu w praktyce zamówień publicznych. Wynika to raczej z niezrozumienia tej instytucji niż z braku przekonania o jej nieprzydatności w postępowaniu protestacyjnym.

Art. 182 [Ostateczne rozstrzygnięcie protestu]

1. **Do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu zamawiający nie może zawrzeć umowy.**
2. **Protest jest ostatecznie rozstrzygnięty:**
 - 1) jeżeli nie wniesiono odwołania – z upływem terminu do wniesienia odwołania;
 - 2) w przypadku wniesienia odwołania:
 - a) z dniem doręczenia postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku zespołu arbitrów, albo
 - b) z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 5 000 000 euro.
3. **Na wniosek zamawiającego Prezes Urzędu, w drodze decyzji administracyjnej, może wyrazić zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli ze względów społecznych lub gospodarczych zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie wynikała ona z winy zamawiającego.**
1. W przepisie ust. 1 wprowadzono zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Przesłanki uznania protestu za ostatecznie rozstrzygnięty zostały wymienione w ust. 2. W zamkniętym katalogu wprowadzono, w stosunku do stanu prawnego obowiązującego pod rządami uzp, dwie istotne zmiany. Pierwsza dotyczy formy orzeczenia wydawanego przez zespół arbitrów w postępowaniu odwoławczym. Jest to nie tylko wyrok, lecz również postanowienie kończące postępowanie w sprawie (postanowienie o odrzuceniu odwołania, postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego). Zmiana wynika stąd, że zgodnie z Pzp orzeczenie zespołu arbitrów ma w przypadku orzekania co do istoty sprawy formę wyroku, gdy zaś

wydanie wyroku stało się z przyczyn formalnych zbędne (zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania lub umorzeniem postępowania odwoławczego) – formę postanowienia. Druga zmiana wiąże się z ust. 2 pkt 2 lit. b, który stanowi, że przy wartości zamówienia przekraczającej dla robót budowlanych wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 5 000 000 euro protest jest ostatecznie rozstrzygnięty dopiero z dniem wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy właściwy dla siedziby (miejsca zamieszkania) zamawiającego albo z upływem terminu do wniesienia skargi do tego sądu, przy czym chodzi tu o termin 7 dni przewidziany dla strony.

2. Ustawa wprowadza wyjątek od zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (ust. 3), przy łącznym spełnieniu następujących przesłanek: a) zgodę na zawarcie umowy – na wniosek zamawiającego – wyrazi Prezes UZP, b) zgoda zostanie wyrażona w formie decyzji administracyjnej (w rozumieniu art. 107 Kpa), c) zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, podyktowana względami społecznymi lub gospodarczymi, d) potrzeby tej nie można było wcześniej przewidzieć i nie wynikała ona z winy zamawiającego.
3. Umowa zawarta przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu bez zgody Prezesa UZP jest nieważna od początku (*ab initio*), przy czym jest to nieważność bezwzględna. Nieważności tej nie można usunąć przez odwołanie odmowy zgody ani konwalidować (nadać umowie mocy prawnej) przez późniejszą zgodę.

Art. 183 [Rozstrzygnięcie protestu]

1. **Zamawiający rozstrzyga protest nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego wniesienia. Brak rozstrzygnięcia protestu w tym terminie uznaje się za jego oddalenie.**
 2. **Rozstrzygnięcie protestu wraz z jego uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania zamawiający przekazuje podmiotowi, który wniósł protest, oraz wykonawcom, którzy przyłączyli się do protestu.**
 3. **W przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej.**
 4. **O powtórzeniu lub dokonaniu czynności zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców.**
1. Ustawodawca skrócił termin pozostawiony zamawiającemu na rozstrzygnięcie protestu z 7 dni pod rządem uzp do 5 dni. Jest to termin zawity i zamawiający jest obowiązany do rozpatrzenia protestu w tym terminie (w odniesieniu do sposobu obliczania tego terminu patrz komentarz do art. 180). Przemawia za tym użycie przez ustawodawcę określenia „rozpatruje” (zważywszy cywilistyczny charakter postępowania poprawniej byłoby „rozpoznaje”), niepozostawiającego wątpliwości co do tego, że rozpatrzenie protestu nie zależy od swobodnego uznania

zamawiającego. Ma to szczególne znaczenie w przypadku, gdy protest został wniesiony wobec zaniechania dokonania czynności, do której dokonania zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Zamawiający jest związany żądaniem zawartym w proteście. Nie może zatem przy uwzględnieniu protestu wykraczać poza to żądanie, np. zmienić przy tej okazji niewłaściwie ustalonych warunków udziału wykonawców w postępowaniu.

2. Pozostawienie w ust. 1 regulacji, że brak rozstrzygnięcia („rozstrzygnięcia”, a nie „rozpatrzenia”) protestu w ustawowym terminie uznaje się za jego oddalenie należy traktować jako swego rodzaju „wentyl bezpieczeństwa” na wypadek zaniechania przez zamawiającego rozstrzygnięcia go w ustawowym terminie. Chodzi o skutek prawny zaniechania zamawiającego, o którym mowa w kontekście możliwości korzystania przez protestującego z dalszych środków ochrony prawnej. Zaistnienie tej sytuacji otwiera protestującemu wprost drogę postępowania odwoławczego, podobnie jak w przypadku niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia zamawiającego polegającego na oddaleniu protestu.
3. Rozstrzygnięcie protestu po upływie ustawowego terminu 5 dni nie rodzi skutków prawnych. Jak już wyżej podkreślono, ustawowy termin na rozstrzygnięcie protestu, podobnie jak termin do jego wniesienia, jest terminem zawitym, skutkującym wygaśnięciem prawa, w rozważanym przypadku prawa rozstrzygnięcia protestu. W tej sytuacji ustawodawca przyjął, że z upływem terminu protest uznaje się za oddalony. Oddalenie protestu jest jego rozstrzygnięciem, zatem rozstrzygnięcie protestu po upływie 5 dni stanowiłoby w samej rzeczy rozstrzygnięcie protestu już rozstrzygniętego. Rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego może polegać na: odrzuceniu protestu, oddaleniu protestu, uwzględnieniu protestu.
4. Odrzucenie protestu następuje w przypadku uznania przez zamawiającego, że protest został wniesiony po terminie lub przez osobę nieuprawnioną (patrz komentarz do art. 180). Odrzucając protest zamawiający powinien wskazać przyczynę odrzucenia, a ponadto ustosunkować się do podniesionych w nim zarzutów. Jest to konieczne na wypadek, gdy w ewentualnym postępowaniu odwoławczym zespół arbitrów uzna, że przesłanka odrzucenia protestu nie została wykazana i zachodzi konieczność orzeczenia co do istoty sprawy (merytorycznej zasadności protestu). Zespół arbitrów nie ma bowiem uprawnienia do wydania – w razie uwzględnienia odwołania protestującego od odrzucenia protestu – orzeczenia kasacyjnego, tj. uchylecia rozstrzygnięcia protestu i przekazania zamawiającemu sprawy do ponownego rozpoznania.
5. Oddalenie protestu jest konsekwencją uznania zamawiającego, że zarzuty podniesione w proteście nie znajdują merytorycznego uzasadnienia, faktycznego i prawnego. Uwzględnienie protestu oznacza uznanie przez zamawiającego merytorycznej zasadności protestu, zarówno zarzutów, jak i żądania. Skutkiem prawnym uwzględnienia protestu jest powtórzenie przez zamawiającego oprotostowanej czynności lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej.

6. Ustawa nie określa, w jakim terminie zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Wzgląd na szybkość postępowania wymaga, aby powtórzenie oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej nastąpiło bez zbędnej zwłoki. W odmiennym przypadku nie miałby sensu nałożony na zamawiającego obowiązek (ust. 4) niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców o powtórzeniu lub dokonaniu czynności.
7. W rozstrzygnięciu protestu zamawiający powinien dokładnie określić swe stanowisko wobec treści protestu – zarzutów protestującego i jego żądania. Ustawa wprowadza też obowiązek pisemnego uzasadnienia przez zamawiającego rozstrzygnięcia protestu (przytoczenia okoliczności faktycznych i prawnych) oraz pouczenia protestującego o sposobie i terminie wniesienia odwołania.
8. W praktyce zdarza się, że zamawiający uwzględnia protest w części, oddalając go w pozostałym zakresie. Praktyka taka byłaby uzasadniona, gdyby przedmiotem protestu były nie mniej niż dwie czynności zamawiającego. Wówczas zamawiający mógłby uwzględnić protest wobec jednej czynności, a oddalić wobec drugiej. Dwie czynności zamawiającego są z reguły przedmiotem protestu, gdy dotyczą czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Są to jednak czynności pozostające ze sobą w normalnym związku przyczynowym, co powoduje, że uwzględnienie protestu wobec pierwszej z nich (czynności oceny ofert) pociąga za sobą konieczność uwzględnienia protestu także wobec drugiej (czynności wyboru oferty najkorzystniejszej). I odwrotnie – oddalenie protestu wobec pierwszej czynności skutkuje oddaleniem protestu również wobec drugiej. Inaczej ma się rzecz, gdy protest został wniesiony wobec jednej czynności zamawiającego, a w uzasadnieniu protestu protestujący sformułował wobec tej czynności dwa lub więcej zarzutów. Wówczas uznanie przez zamawiającego zasadności choćby jednego z zarzutów skutkuje uwzględnieniem protestu w całości. Nie dzieląc zasadności dalszych zarzutów, zamawiający daje wyraz swemu stanowisku w tym względzie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu.

Rozdział 3 Odwołanie

Art. 184 [Przedmiot i termin odwołania]

1. **Od oddalenia lub odrzucenia protestu przysługuje odwołanie.**
2. **Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie informując o wniesieniu odwołania zamawiającego. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu.**

3. Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

1. Odwołanie jest drugim – po proteście – środkiem odwoławczym. Przysługuje ono od: odrzucenia protestu przez zamawiającego, oddalenia protestu (rozstrzygnięcia zamawiającego lub jako skutku prawnego braku rozstrzygnięcia protestu w terminie).
2. W ustawie przyjęto odwrotną kolejność („od oddalenia lub odrzucenia protestu”), dając pierwszeństwo rozstrzygnięciu merytorycznemu (oddalenie protestu) przed rozstrzygnięciem formalnym (odrzucenie protestu). W praktyce zamawiający najpierw bada protest pod względem formalnym i gdy stwierdzi zaistnienie choćby jednej z przesłanek odrzucenia (art. 180 ust. 5) – odrzuca protest, a następnie, w przypadku stwierdzenia braku przesłanek odrzucenia, rozstrzyga o merytorycznej zasadności protestu (jego uwzględnieniu lub oddaleniu). Istotniejsze od kwestii kolejności tych czynności jest jednak poprawienie przez ustawodawcę błędu legislacyjnego zawartego w art. 86 ust. 1 uzp, który stanowił, że odwołanie przysługuje „od rozstrzygnięcia lub odrzucenia protestu oraz w przypadku braku rozpatrzenia protestu w terminie (...)”. Odrzucenie protestu jak też jego uwzględnienie lub oddalenie przez zamawiającego jest „rozstrzygnięciem protestu”, a skutkiem prawnym braku rozstrzygnięcia protestu w terminie jest jego oddalenie. Wobec tego, że od uwzględnienia protestu nie można wnieść skutecznie odwołania, przysługuje ono jedynie w przypadku odrzucenia lub oddalenia (czy – jak zapisano w ustawie – „oddalenia lub odrzucenia”) protestu przez zamawiającego.
3. Odrzucenie protestu przez zamawiającego następuje w formie rozstrzygnięcia protestu. Oddalenie protestu następuje w dwojaki sposób: w formie rozstrzygnięcia zamawiającego, jako skutek prawny braku rozstrzygnięcia protestu w terminie określonym w art. 183 ust. 1. Odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia zamawiającego, którym uwzględniono protest w całości. Nie można skutecznie wnieść odwołania od czynności zamawiającego, od której uprzednio nie wniesiono protestu (art. 187 ust. 4 pkt 2).
4. Uprawnionymi do wniesienia odwołania są: składający protest (protestujący), wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który przystąpił do protestu w trybie art. 181 ust. 4. Wykonawca ten może wnieść odwołanie także wtedy, gdy protestujący nie korzysta z prawa wniesienia odwołania.
5. Termin do wniesienia odwołania jest terminem zawitym. Ustawodawca przyjął tym razem jeden termin (5 dni) do wniesienia odwołania, bez względu na to, czy protest został rozstrzygnięty przez zamawiającego, czy też nie został rozstrzygnięty przez niego w ustawowym terminie. Termin do wniesienia odwołania

rozpoczyna bieg: w przypadku rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego – od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, w przypadku braku rozstrzygnięcia protestu w terminie – od upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu.

6. Obowiązek poinformowania zamawiającego o wniesieniu odwołania ciąży na odwołującym się. Obowiązek ten powinien być wykonany jednocześnie z wniesieniem odwołania, tj. w dniu wniesienia odwołania. Treść informacji o wniesieniu odwołania zależy od woli odwołującego się. Może on zatem przesłać zamawiającemu odpis odwołania, powiadomić go o fakcie wniesienia odwołania i zarzutach w nim podniesionych lub powiadomić jedynie o fakcie wniesienia odwołania. Poinformowanie zamawiającego o wniesieniu odwołania oznacza nie tylko wykonanie przez odwołującego się jego ustawowego obowiązku, ma też istotne znaczenie dla samego odwołującego się, gdyż daje mu poczucie pewności, że zamawiający nie zawrze umowy, powołując się na brak wiedzy o wniesieniu odwołania.
7. Adresatem odwołania jest Prezes UZP. Jest to szczególna konstrukcja prawna, jako że nie jest on organem uprawnionym do rozpoznania odwołania. Organem tym jest sąd polubowny – zespół arbitrów. Konsekwencją prawną takiej regulacji stanowi odesłanie – zarówno w uzp (art. 87), jak i w komentowanej ustawie (art. 184 ust. 3) – do przepisów Kpc o sądzie polubownym, które to przepisy stosuje się odpowiednio do postępowania odwoławczego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy Pzp (podobnie jak uprzednio przepisy uzp), są przepisami szczególnymi (*lex specialis*) w stosunku do przepisów Kpc o sądzie polubownym (*lex generalis*). W związku z dalszym poszerzeniem w Pzp zakresu odrębności od reguł postępowania przed sądem polubownym określonych w Kpc (zwłaszcza w kwestii wyznaczania arbitrów), praktycznie one stanowią o przebiegu postępowania odwoławczego. Istotne z prawnego punktu widzenia jest to, że zespół arbitrów pozostaje nadal sądem polubownym.
8. Odwołanie, odmiennie niż protest, traktowane jest jak pismo procesowe kierowane do sądu. Właśnie dlatego jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa UZP. Przyjęte rozwiązanie oznacza, że termin wniesienia odwołania jest zachowany, gdy odwołanie zostało złożone w placówce pocztowej operatora publicznego najpóźniej w ostatnim dniu terminu do godz. 24⁰⁰, przy czym decyduje data stempla pocztowego. W przypadku złożenia odwołania bezpośrednio w urzędzie Prezesa UZP o zachowaniu terminu decyduje prezentata (pieczęć UZP z oznaczoną datą wpływu pisma).
9. Przez „operatora publicznego” należy rozumieć zarówno polskiego, jak i zagranicznego operatora publicznego. Wynika to z brzmienia przepisu art. 184 ust. 2 zdanie drugie, w którym nie ma rozróżnienia na polskiego i zagranicznego operatora publicznego. Złożenie odwołania w placówce pocztowej zagranicznego operatora publicznego najpóźniej w ostatnim dniu terminu do godz. 24⁰⁰ oznacza, że termin wniesienia odwołania jest zachowany. Podkreślenia wymaga, że w rozważanym przepisie chodzi wyłącznie o operatora publicznego. Definicje

legalne takich pojęć, jak: „operator publiczny”, „operator”, „placówka operatora” są zawarte w art. 1 ust. 1 pkt 11, 12 i 14 ustawy Prawo pocztowe¹. Stosownie do tych przepisów: operatorem jest przedsiębiorca uprawniony do wykonywania działalności pocztowej, placówką operatora – jednostka organizacyjna operatora, agenta lub agenta pocztowego, w której nadawca może zawrzeć umowę o świadczenie usług pocztowych (...), operatorem publicznym – operator obowiązyany do świadczenia powszechnych usług pocztowych.

Art. 185 [Wpis]

- 1. Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli uiszczono wpis. Dowód uiszczenia wpisu dołącza się do odwołania.**
- 2. Wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania.**
- 3. Jeżeli wpis nie został uiszczony, Prezes Urzędu zwraca odwołanie. O zwrocie odwołania rozstrzyga Prezes Urzędu w drodze postanowienia.**

1. Wprowadzona do uzp nowelą z 29 sierpnia 1997 r. instytucja wpisu od odwołania została bez większych zmian utrzymana w komentowanej ustawie. Nadal zatem: uiszczenie wpisu jest warunkiem rozpoznania odwołania; ustawa nie przewiduje możliwości zwolnienia odwołującego się od uiszczenia wpisu; dowód uiszczenia wpisu dołącza się do odwołania; w razie nieuiszczenia wpisu Prezes UZP zwraca odwołanie, z tym że o zwrocie rozstrzyga w drodze postanowienia; obowiązuje zasada, że wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania; wpis może być przeznaczony wyłącznie na koszty postępowania, niewykorzystana jego część podlega zwrotowi na rzecz wnoszącego wpis.
2. W dniu 3 kwietnia 2004 r. weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym² wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 193 pkt 3. Określa ono podstawę do ustalenia wpisu od odwołania (§ 1). Stanowi ją kwota bazowa ustalona w ustawie budżetowej na dany rok na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw³, dla pracowników państwowej sfery budżetowej, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. b tej ustawy. Wysokość wpisu wynosi 4,25 krotności wskazanej wyżej podstawy (§ 2), jest zatem zmienna. Informacja o obowiązującej wysokości wpisu, a także o rachunku bankowym UZP, na który wpis ma być wpłacany, jest ogłaszana przez Prezesa Urzędu w BZP (§ 4). Odwołujący się wpłaca wpis na rachunek bankowy UZP wskazany przez Prezesa Urzędu (§ 3 ust.1), przy czym wpis uznaje się za uiszczony, jeżeli nastąpi wpła-

¹ Dz. U. z 2003 r. Nr 130, poz. 1188 ze zm.

² Dz. U. Nr 49, poz. 468.

³ Dz. U. z 1999 r. Nr 110, poz. 1255 ze zm.

ta lub zostanie obciążony rachunek bankowy odwołującego się na rzecz UZP (§ 3 ust. 2). Wpis jest rozliczany w ramach kosztów postępowania odwoławczego. Zgodnie z rozporządzeniem, kwotę wpisu zalicza się na poczet kosztów postępowania (§ 5 ust. 2), a jeżeli koszty będą niższe od kwoty wpisu różnicę zwraca się na rzecz wnoszącego wpis (§ 5 ust. 3 pkt 2). Odpowiada to ustawowej normie wyrażonej w art. 185 ust. 2, która mówi, że wysokość wpisu nie może przekraczać kosztów postępowania.

3. Z brzmienia ust. 1 wynika, że odwołujący się jest obowiązany uiścić wpis przed lub w momencie wniesienia odwołania. Tylko bowiem w tej sytuacji może dołączyć do odwołania dowód uiszczenia wpisu. Prezes UZP nie może zatem wezwać odwołującego się do uiszczenia wpisu, może jedynie wezwać go do przedłożenia w terminie 3 dni dowodu uiszczenia wpisu, a w przypadku bezskutecznego upływu tego terminu zwrócić odwołanie (§ 2 ust. 1 i 3 regulaminu).

Art. 186 [Wyznaczanie arbitrów, wyłączenie arbitra]

- 1. Odwołanie rozpoznaje zespół trzech arbitrów wskazanych przez Prezesa Urzędu z listy, o której mowa w art. 172 ust. 1.**
 - 2. Prezes Urzędu wyznacza arbitrów w drodze jawnego losowania komputerowego, z tym że przewodniczący zespołu arbitrów losowany jest spośród osób posiadających wykształcenie prawnicze.**
 - 3. Arbiter zawiadamia Prezesa Urzędu o okolicznościach uniemożliwiających wykonywanie obowiązków, a w szczególności o przyczynach uzasadniających jego wyłączenie. Jeżeli zachodzą okoliczności uniemożliwiające wykonanie przez arbitra jego obowiązku, Prezes Urzędu wyznacza innego arbitra na zasadach, o których mowa w ust. 2.**
 - 4. Strony oraz arbitrzy mogą żądać wyłączenia arbitra z przyczyn określonych w art. 703 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. O wyłączeniu albo odmowie wyłączenia arbitra rozstrzyga Prezes Urzędu w drodze postanowienia. Na postanowienia o wyłączeniu lub odmowie wyłączenia zażalenie nie przysługuje.**
1. Przepis ust. 1 reguluje jedną z podstawowych odrębności, o których mowa w art. 184 ust. 3 w stosunku do przepisów Kpc o sądzie polubownym. Ustawodawca utrzymał w nim dotychczasowe rozwiązanie stanowiące, że odwołanie rozpoznaje sąd polubowny w składzie trzech arbitrów, tworzących zespół arbitrów, wskazanych przez Prezesa UZP z prowadzonej przez siebie listy arbitrów. Utrzymanie instytucji sądu polubownego należy traktować jako wyraz przekonania, że sprawdziła się ona w praktyce i w związku z tym może nadal służyć systemowi zamówień publicznych.
 2. Przyznanie Prezesowi UZP kompetencji wyznaczania całego składu zespołu arbitrów umożliwi, zdaniem ustawodawcy, „powoływanie składu orzekającego

odpowiedniego merytorycznie do przedmiotu odwołania oraz wyeliminuje jakiegokolwiek związku arbitra ze stronami postępowania” (patrz uzasadnienie projektu ustawy). Odejście w tym względzie od klasycznej formuły sądu polubownego (wyznaczanie arbitrów przez strony pozostające w sporze) uzasadnia się też potrzebą ograniczania korupcji w praktyce zamówień publicznych.

3. Wyznaczanie arbitrów przez Prezesa UZP następuje w drodze jawnego losowania komputerowego. Przewodniczącego zespołu arbitrów losuje się spośród arbitrów posiadających wykształcenie prawnicze, które jest szczególnie przydatne we właściwej interpretacji przepisów ustawy, zwłaszcza przepisów normujących postępowanie odwoławcze. Istotne jest też doświadczenie arbitra – prawnika w stosowaniu prawa, w tym prawa procesowego, niezbędne w wykonywaniu obowiązków przewodniczącego składu orzekającego.
4. Ustawa nakłada na arbitra obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP o: okolicznościach uniemożliwiających mu wykonywanie obowiązków arbitra, okolicznościach uzasadniających jego wyłączenie. W pierwszym przypadku chodzi o zaistnienie okoliczności natury obiektywnej, które uniemożliwiają wykonanie obowiązku arbitra (choroba, urlop, wyjazd służbowy itp.), w drugim natomiast o okoliczności skutkujące wyłączeniem arbitra od udziału w rozpoznaniu odwołania. Wyłączenia arbitra mogą żądać obie strony postępowania odwoławczego lub jedna z nich. Arbiter nie może żądać wyłączenia drugiego arbitra. Może jedynie zawiadomić Prezesa UZP o przyczynach skutkujących jego wyłączeniem od rozpoznania odwołania.
5. W zakresie przyczyn wyłączenia arbitra ustawa odwołuje się do przepisu art. 703 §1 Kpc, ten zaś odsyła do przyczyn, które uzasadniają wyłączenie sędziego z mocy ustawy (art. 48 Kpc) oraz na żądanie samego sędziego lub na wniosek strony, jeżeli między nim, a jedną ze stron lub jej przedstawicielem zachodzi stosunek osobisty tego rodzaju, że mógłby wywoływać wątpliwości co do bezstronności sędziego (art. 49 Kpc).
6. Ustawa uprawnia Prezesa UZP do orzekania w kwestii wyłączenia arbitra (odrębność w stosunku do przepisów Kpc o sądzie polubownym). W razie zawiadomienia arbitra o przyczynach uzasadniających jego wyłączenie oraz wniosku strony o wyłączenie arbitra nakłada to na niego obowiązek wszczęcia incydentalnego postępowania o wyłączenie arbitra. W toku tego postępowania bada podane przyczyny wyłączenia i w zależności od wyniku rozstrzyga postanowieniem bądź o odmowie wyłączenia, co przesądza o udziale arbitra w rozpoznaniu sprawy, bądź o wyłączeniu arbitra, a w konsekwencji o uzupełnieniu składu orzekającego przez wyznaczenie, w drodze losowania, innego arbitra. Jest to niezwykle istotne uprawnienie Prezesa UZP (w kwestii wyłączenia arbitra zastępuje sąd) i to tym większe, że jego postanowienie w przedmiocie wyłączenia arbitra lub odmowy wyłączenia jest ostateczne (nie przysługuje na nie zażalenie – art. 186 ust. 4).

Art. 187 [Rozpoznanie odwołania]

- 1. Zespół arbitrów rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego wniesienia.**
 - 2. Zespół arbitrów rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie, chyba że odwołanie podlega odrzuceniu, z zastrzeżeniem ust. 3.**
 - 3. Na wniosek strony lub z urzędu zespół arbitrów wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpatrywaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron oraz ich pełnomocników.**
 - 4. Zespół arbitrów odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że:**
 - 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;**
 - 2) odwołanie nie zostało poprzedzone protestem;**
 - 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) postępowanie jest prowadzone na zasadach, o których mowa w art. 136 ust. 1.**
 - 5. Jeżeli zespół arbitrów uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu niejawnym strony, świadków lub biegłych.**
 - 6. W razie stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, przewodniczący zespołu arbitrów zamyka posiedzenie i otwiera rozprawę.**
-
1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postępowanie związane z korzystaniem przez uprawnione podmioty ze środków ochrony prawnej, powinno być sprawne. Sprawność tę zapewniają m.in. krótkie terminy wykonania poszczególnych czynności w postępowaniu, a także charakter prawny tych terminów.
 2. W postępowaniu, o którym mowa, obowiązują trojakiemu rodzaju terminy: a) termin zawity, związany z wnoszeniem środków odwoławczych – protestu (7 dni) i odwołania (5 dni), a także z rozpatrzeniem protestu przez zamawiającego (5 dni). Uchybienie terminu zawitego skutkuje wygaśnięciem prawa do środka odwoławczego, w przypadku zaś terminu na rozpatrzenie protestu – uznaniem protestu za oddalony z mocy prawa (*ex lege*); b) termin procesowy, który w postępowaniu skargowym jest terminem do wniesienia skargi do sądu (dla stron – 7 dni, dla Prezesa UZP – 21 dni). W przeciwieństwie do uchybienia terminu zawitego, uchybienie terminu procesowego nie powoduje wygaśnięcia prawa, sąd bowiem może termin ten przywrócić; c) termin instrukcyjny – dla zespołu arbitrów do rozpoznania odwołania (15 dni), dla Prezesa UZP do przedstawienia

skargi wraz z aktami sprawy właściwemu sądowi okręgowemu (7 dni) i dla sądu okręgowego do rozpoznania skargi (niezwłocznie, nie później jednak niż 3 miesiące). Przekroczenie terminu instrukcyjnego nie powoduje negatywnych skutków prawnych dla stron, nie mogą one bowiem ponosić konsekwencji prawnych związanych z funkcjonowaniem zespołu arbitrów, sądu okręgowego czy Prezesa UZP. Termin 15 dni na rozpoznanie odwołania przez zespół arbitrów jest terminem instrukcyjnym. Liczy się od dnia wniesienia odwołania, a rozpoczyna bieg następnego dnia od tego zdarzenia (art. 111 § 2 Kc).

3. Regulacje zawarte w przepisach ust. 2–6 komentowanego artykułu pod rządami uzp były zawarte w akcie wykonawczym – Regulaminie postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, lecz ze względu na ich znaczenie prawne uzyskały, po stosownych zmianach, rangę przepisów ustawy. Podobnie, materię ustawową stanowią obecnie regulacje dotyczące pozostałych instytucji prawnych związanych z postępowaniem odwoławczym (art. 188–192). Wynika to z woli ustawodawcy uregulowania całości postępowania odwoławczego bezpośrednio w ustawie. W obowiązującym obecnie Regulaminie postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, wprowadzonym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 marca 2004 r.¹ znalazły się postanowienia, których celem jest zapewnienie sprawnej organizacji posiedzenia i rozprawy oraz szybkiego przebiegu postępowania odwoławczego (zob. art. 193 pkt 1).
4. Jedną z kardynalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność tego postępowania. W odniesieniu do postępowania odwoławczego zasada ta została podkreślona w ust. 2 i wyraża się w nakazie rozpoznania odwołania na jawnej rozprawie. Należy jednak podkreślić, że jawność rozprawy wynika nie tylko z powołanej wyżej zasady, lecz również z zasady jawności postępowania cywilnego, którego swoistym rodzajem jest postępowanie przed sądem polubownym. Ustawa dopuszcza wyłączenie jawności rozprawy w całości lub w części, ale jedynie w przypadku, gdy przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną. Konieczne jest wówczas wskazanie konkretnego przepisu ustawy, który uznaje daną informację za tajemnicę podlegającą ochronie. Wobec tego, że wyłączenie jawności rozprawy następuje na wniosek strony lub z urzędu, wnioskodawca lub zespół arbitrów jest obowiązany wykazać (wskazać konkretny przepis), że przedmiotowa informacja stanowi tajemnicę ustawowo chronioną. Wyłączenie jawności rozprawy, o której mowa w ust. 2, oznacza w rzeczywistości jedynie ograniczenie jawności, jej publicznego charakteru, do udziału w rozprawie stron oraz ich pełnomocników. Jest to oczywiste, biorąc pod uwagę istotę oraz cel rozprawy (odtworzenie w bezpośredniej styczności między stronami a zespołem arbitrów stanu faktycznego).

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 56, poz. 547.

5. Ustawa dopuszcza rozpoznanie odwołania na posiedzeniu niejawnym (ust. 4). Jest to wyjątek od zasady, że odwołanie podlega rozpoznaniu na rozprawie. Ma on zastosowanie z reguły w sytuacji, gdy odwołanie podlega odrzuceniu. Zespół arbitrów może dopuścić do udziału w posiedzeniu niejawnym strony, świadków oraz biegłych (ust. 5). Uczyni to, gdy uzna za konieczne odebranie od stron stosownych oświadczeń, względnie poczynienie ustaleń faktycznych na podstawie zeznań świadków lub opinii biegłych, niezbędnych do rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia odwołania. Z brzmienia przepisu wynika, że udział stron nie zmienia charakteru posiedzenia, bowiem nadal pozostaje ono posiedzeniem niejawnym.
6. Przesłanki odrzucenia odwołania zostały enumeratywnie wymienione w ust. 4 (katalog zamknięty). Oznacza to, że z innych przesłanek, niż wymienione w tym przepisie, odwołanie nie może zostać odrzucone. Zaistnienie choćby jednej z przesłanek skutkuje odrzuceniem odwołania. Pierwsza z przesłanek (w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy) pozostaje w związku z przepisami art. 4, zawierającymi katalog zamówień, do których nie stosuje się ustawy, np. odrzuceniu podlega odwołanie w sprawie zamówienia, którego wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 6000 euro. Przesłanka trzecia (protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony) pozostaje w związku z przepisami określającymi podmioty uprawnione do wnoszenia protestów i odwołań, np. odwołanie podlega odrzuceniu, gdy wniósł je wykonawca, który w ustawowym terminie nie przystąpił do protestu.
7. Odwołanie odrzuca zespół arbitrów. Orzeczenie zapada w formie postanowienia. Jest to postanowienie kończące postępowanie odwoławcze w rozumieniu art. 191 ust. 5, art. 192 ust. 1 i 3–5 oraz art. 194 ust. 1. Regulacja powyższa odpowiada prawu, stanowiąc odejście od wadliwego rozwiązania obowiązującego pod rządami uzp, powszechnie krytykowanego w praktyce, według którego formalne przesłanki odrzucenia odwołania traktowano jako przesłanki merytoryczne oddalenia odwołania, co powodowało ponadto, że orzeczenie w tej kwestii wymagało formy wyroku. Stwierdzenie zespołu arbitrów, że nie zachodzi żadna z przesłanek odrzucenia odwołania skutkuje zamknięciem posiedzenia niejawnego i otwarciem rozprawy. Z brzmienia przepisu ust. 6 wynika, że czynności procesowe zamknięcia posiedzenia i otwarcia rozprawy należą do uprawnień przewodniczącego zespołu arbitrów. Właściwą formą tych czynności jest zarządzenie przewodniczącego zespołu arbitrów (nie wchodzi tu w grę forma postanowienia, zastrzeżona dla organu kolegialnego).
8. W postępowaniu odwoławczym *sensu largo*, zarówno protestacyjnym i *stricto* odwoławczym (w tym na posiedzeniu niejawnym i na rozprawie), strony mogą być reprezentowane przez pełnomocników. Warunkiem udziału pełnomocnika w tym postępowaniu jest udzielenie mu przez stronę (mocodawcę) stosownego pełnomocnictwa. W praktyce zamówień publicznych strony udzielają z reguły pełnomocnictw do prowadzenia konkretnej sprawy, niekiedy tylko do poszcze-

gólnych czynności w tej sprawie (np. reprezentowania mocodawcy na posiedzeniu i rozprawie) adwokatom lub radcom prawnym, a także osobom niewykonującym tych zawodów. Podstawę prawną pełnomocnictwa udzielanego adwokatom i radcom prawnym stanowią przepisy prawa procesowego (z reguły art. 88 Kpc). Osoby niewykonujące tych zawodów przedstawiają tzw. pełnomocnictwa materialne, udzielane na podstawie przepisów prawa materialnego (art. 98 Kc). Pełnomocnictwo powinno być udzielone na piśmie i podpisane przez osobę (osoby) uprawnioną do składania w imieniu strony (mocodawcy) oświadczeń woli ze skutkiem na zewnątrz.

Art. 188 [Dowody]

- 1. Strony są obowiązane wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy.**
 - 2. Zespół arbitrów może dopuścić dowód niewskazany przez stronę.**
 - 3. Dowodami są w szczególności dokumenty, wyjaśnienia świadków, opinie biegłych oraz zeznania stron.**
 - 4. Fakty powszechnie znane nie wymagają dowodu. Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli zespół arbitrów uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do swej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.**
 - 5. Zespół arbitrów odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.**
 - 6. Zespół arbitrów ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.**
1. Przepisy tego artykułu regulują instytucję dowodów oraz fragment rozprawy dotyczący postępowania dowodowego. Regulacje te były dotychczas zawarte w akcie wykonawczym – Regulaminie postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Przedmiotem dowodu są fakty istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Stosownie do przepisu ust. 4, nie wymagają dowodu fakty powszechnie znane oraz fakty przyznane przez stronę przeciwną, z tym iż te ostatnie pod warunkiem uznania przez zespół arbitrów, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do swej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.
 2. Pojęcia „fakty powszechnie znane” nie da się oznaczyć na podstawie stałych kryteriów. Znaczenie mają tu czas i miejsce. Przyjmuje się, że są to fakty (okoliczności, zdarzenia, czynności, stany), które powinny być znane każdemu rozsądnemu i posiadającemu doświadczenie życiowe człowiekowi, w rozważanej sytuacji arbitrom i stronom postępowania odwoławczego. Postępowanie

odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym (spornym). Wobec tego, że spór toczą strony, one mają, zgodnie z przepisem ust. 1, obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Obowiązuje zasada, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która wywodzi z niego skutki prawne (art. 6 Kc w zw. z art. 14).

3. Strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 232 Kpc). Wnioskowanie dowodów jest nie tylko obowiązkiem, ale też uprawnieniem stron. Z uprawnienia tego mogą korzystać aż do zamknięcia rozprawy (ust. 1). Zespół arbitrów może dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2), a także odmówić przeprowadzenia wnioskowanych dowodów jeżeli uzna, że fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub że dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki (ust. 5).
4. Przepis ust. 3 określa rodzaje dowodów, jakie mogą być przeprowadzone w postępowaniu odwoławczym. Są to dowody z dokumentów, z zeznań świadków (w przepisie użyto wadliwego określenia „wyjaśnienia” świadków; świadek składa zeznania, a nie wyjaśnienia), z opinii biegłych (także z zeznań biegłych) oraz z zeznań stron (chodzi o dowód z przesłuchania stron – zob. art. 304 Kpc). Zwrot „w szczególności” użyty w powołanym przepisie oznacza, że mogą być przeprowadzane także inne dowody, np. dowód z oględzin. W praktyce najczęściej przeprowadzane są dowody z dokumentów (stanowiących tzw. dokumentację przetargową), rzadziej z opinii biegłych oraz zeznań świadków i stron.
5. Zespół arbitrów dopuszcza i przeprowadza dowody. Czyni to wydając postanowienia dowodowe, w których określa fakty podlegające stwierdzeniu i dowody na ich potwierdzenie. Postanowienie dowodowe nie jest postanowieniem kończącym postępowanie odwoławcze, jego wydanie odnotowuje się w protokole posiedzenia lub rozprawy.
6. W pierwszej fazie rozprawy zespół arbitrów korzysta często z instytucji tzw. informacyjnego przesłuchania stron, którego celem jest wyjaśnienie i uzupełnienie ich twierdzeń. Aczkolwiek informacyjne przesłuchanie stron nie jest dowodem w rozumieniu ust. 3, jednak wyjaśnienia składane w tym trybie powinny być zgodne z prawdą. Zawsze bowiem istnieje możliwość dopuszczenia dowodu z zeznań strony składanych w trybie art. 304 Kpc.

Art. 189 [Cofnięcie odwołania]

- 1. Odwołujący się może cofnąć odwołanie. W razie cofnięcia odwołania zespół arbitrów umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się połowę wpisu.**

1. Przepisy tego artykułu regulują instytucję cofnięcia odwołania i skutki prawne tej czynności odwołującego się. Odwołujący się może cofnąć odwołanie w każdym czasie, aż do zamknięcia rozprawy (ust.1). Prawo to wynika z zasady dyspozytywności. W rozważanym przypadku chodzi o rozporządzenie prawem do cofnięcia odwołania. Skorzystanie z tego prawa jest wyłącznie aktem woli odwołującego się. Skutkiem prawnym cofnięcia odwołania jest umorzenie postępowania odwoławczego. Zespół arbitrów umarza postępowanie odwoławcze postanowieniem. Jest to postanowienie kończące postępowanie odwoławcze w rozumieniu art. 191 ust. 5, art. 192 ust. 1 i 3–5 oraz art. 194 ust. 1.
2. Umorzenie postępowania odwoławczego wobec cofnięcia odwołania oznacza, z punktu widzenia kosztów postępowania, wynik skutkujący obciążeniem odwołującego się tymi kosztami. Wyjątkiem jest przepis ust. 2, według którego w razie cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy odwołującemu się zwraca się połowę wpisu i to bez względu na wysokość kosztów postępowania. Na poczet kosztów postępowania ponoszonych przez UZP zalicza się zatem połowę wpisu. Koszty te są w rozważanym przypadku odpowiednio niższe, biorąc pod uwagę regulacje dotyczące ustalenia wysokości wydatków, a także wynagrodzenia arbitrów za czynności związane z umorzeniem postępowania odwoławczego. Materię tę reguluje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym¹.

Art. 190 [Zamknięcie rozprawy, wyrok]

- 1. Przewodniczący zespołu arbitrów zamyka rozprawę, jeżeli zespół arbitrów uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona.**
 - 2. Wydając wyrok zespół arbitrów bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.**
 - 3. Przewodniczący zespołu arbitrów otworzy na nowo zamknięte posiedzenie lub rozprawę, jeżeli po ich zamknięciu ujawniły się okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.**
 - 4. Wyrok może być wydany jedynie przez zespół arbitrów, przed którym toczyło się postępowanie.**
1. Jest to kolejna regulacja, stanowiąca pod rządami uzp materię regulaminową. Przepisy zawarte w komentowanym artykule dotyczą fragmentu związanego z zamknięciem rozprawy i wydaniem wyroku. Uznanie, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona stanowi kompetencję zespołu arbitrów. Dopiero to uznanie (zgodne przekonanie składu orzekającego) uprawnia przewodniczącego zespołu arbitrów do zarządzenia zamknięcia rozprawy. Dostateczne wyjaśnienie sprawy oznacza wyjaśnienie jej pod względem faktycznym, zgodnie z zasadą prawdy

¹ Dz. U. z 2004 r. Nr 49, poz. 468.

obiektywnej, z której wynika postulat, aby wyrok był konsekwencją ustaleń faktycznych zgodnych z rzeczywistością.

2. Przepis ust. 2 traktuje o podstawie wydania wyroku. Stanowi ją stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a w samej rzeczy na rozprawie, bowiem jej celem jest skompletowanie informacji o podstawie faktycznej odwołania, stwierdzenie ich prawdziwości i odtworzenie stanu faktycznego. Pojęcie „stan rzeczy” oznacza stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Wyrok może być wydany wyłącznie po przeprowadzeniu rozprawy. Jest to istotna zmiana stanu prawnego w stosunku do stanu obowiązującego pod rządami uzp (dopuszczano wydanie wyroku na posiedzeniu).
3. Między stanem rzeczy istniejącym w chwili zamknięcia rozprawy a stanem rzeczy istniejącym w chwili wyrokowania mogą zaistnieć okoliczności, które nie pozostają bez wpływu na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia. Może to mieć miejsce, gdy moment zamknięcia rozprawy i moment wyrokowania nie następują bezpośrednio po sobie (np. w razie odroczenia ogłoszenia wyroku). Wychoząc naprzeciw takiej sytuacji przepis ust. 3 uprawnia przewodniczącego zespołu arbitrów do otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy. Obowiązuje wymóg uprzedniego stwierdzenia, że okoliczności, które ujawniły się po zamknięciu rozprawy są istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Przez „okoliczności, które ujawniły się po zamknięciu rozprawy” należy rozumieć zarówno fakty, jak i dowody. Na otwartej na nowo rozprawie, zespół arbitrów (w tym samym składzie) z udziałem stron wyjaśnia okoliczności, które się ujawniły, po czym gdy zespół arbitrów uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona, przewodniczący zespołu arbitrów ponownie zamyka rozprawę.
4. Według przepisu ust. 3 instytucję otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy stosuje się do posiedzeń. Rozwiązanie to nie znajduje uzasadnienia prawnego. Posiedzeniem jawnym jest posiedzenie, na którym zespół arbitrów (w razie odroczenia ogłoszenia wyroku może to być sam przewodniczący) ogłasza wyrok. Ustawa reguluje też instytucję posiedzeń niejawnych (art. 187). Na posiedzeniach tych wyjaśniane są wyłącznie kwestie formalne i tylko tych kwestii dotyczą zapadające na nich orzeczenia (postanowienia o odrzuceniu odwołania, postanowienia o umorzeniu postępowania). Z braku podstaw do wydania takiego orzeczenia przewodniczący zespołu arbitrów zamyka posiedzenie niejawne i otwiera jawną rozprawę.

Art. 191 [Forma i treść orzeczenia]

1. **O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu zespół arbitrów orzeka wyrokiem. W pozostałych przypadkach zespół arbitrów wydaje postanowienie.**
2. **Uwzględniając odwołanie zespół arbitrów może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić.**

3. Zespół arbitrów nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia zespół arbitrów bierze pod uwagę z urzędu.
4. Zespół arbitrów nie może nakazać zawarcia umowy.
5. W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze zespół arbitrów rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.
6. Strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

1. Ustawa przewiduje dwa rodzaje orzeczeń wydawanych przez zespół arbitrów – wyrok i postanowienie (ust. 1). Wyrok jest orzeczeniem o charakterze merytorycznym, stanowi ustosunkowanie się zespołu arbitrów do przedmiotu odwołania, do merytorycznej zasadności żądania zawartego w odwołaniu. Najczęściej wyrok określa się jako orzeczenie co do istoty sprawy. Postanowienie jest orzeczeniem o charakterze formalnym i zapada, gdy wydanie wyroku stało się zbędne. Zespół arbitrów rozstrzyga postanowieniem kwestie dotyczące biegu postępowania odwoławczego. Ustawa rozróżnia postanowienia kończące postępowanie odwoławcze (o odrzuceniu odwołania oraz o umorzeniu postępowania) i postanowienia niekończące postępowania (o odroczeniu posiedzenia lub rozprawy, dowodowe, o odroczeniu ogłoszenia wyroku). Postanowienia niekończące postępowania mogą być w razie potrzeby zmieniane w toku postępowania odwoławczego.
2. Z brzmienia przepisu ust. 1 wynika, że w ustawie został utrzymany dychotomiczny podział, zgodnie z którym zespół arbitrów może wyrokiem oddalić lub **uwzględnić** odwołanie. Oddalenie odwołania następuje jeżeli zespół arbitrów uzna, że brak jest merytorycznych podstaw do uwzględnienia zawartego w nim żądania. W praktyce oznacza to przyjęcie, iż zarzuty podniesione w odwołaniu nie znalazły potwierdzenia w materiale sprawy, czyniąc żądanie odwołującego się bezzasadnym z faktycznego i prawnego punktu widzenia. Uwzględnienie odwołania następuje przez: a) nakazanie dokonania czynności, b) nakazanie powtórzenia czynności i c) unieważnienie czynności.
3. Nakazanie dokonania czynności następuje, gdy zamawiający zaniechał dokonania czynności określonej w ustawie, do której dokonania był obowiązany (zaniechanie czynności obligatoryjnej), przy czym zaniechanie to było przedmiotem protestu i odwołania. Nakazanie powtórzenia czynności dotyczy czynności stanowiącej przedmiot protestu i odwołania. W praktyce przyjęto, że zespół arbitrów może również nakazać powtórzenie innych czynności zamawiającego, jeżeli okaże się to konieczne dla zapewnienia właściwego toku postępowania o udzielenie zamówienia (ze względu na ową konieczność nie oznacza to orzekania ponad żądanie odwołującego się). Unieważnienie czynności stanowiącej przedmiot protestu i odwołania następuje, jeżeli została dokonana z naruszeniem prawa (np. gdy dokonano merytorycznej oceny oferty złożonej po terminie czy podlegającej odrzuceniu). W praktyce dopuszcza się unieważnienie także innych czynności zamawiającego dokonanych z naruszeniem prawa, jeżeli pozostają

z czynnością oprotestowaną w normalnym związku przyczynowym. Ze względu na ów związek przyczynowy nie oznacza to orzekania ponad żądanie odwołującego się.

4. Przy stosowaniu przepisu ust. 3 mogą powstać wątpliwości interpretacyjne. Mowa w nim o zakazie orzekania „co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście”, podczas gdy zespół arbitrów orzeka co do przedmiotu odwołania, a zatem co do żądania w nim zawartego. Wydaje się, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie zakazu orzekania ponad żądanie określone w proteście. Obowiązek zawarcia w proteście „żądania” wynika wprost z przepisu art. 180 ust. 6. Zarzuty nie mogą być utożsamiane z żądaniem, bowiem stanowią element argumentacji na rzecz zasadności żądania. Nie sposób przecież zakazać odwołującemu się poszerzania w odwołaniu i na rozprawie zakresu argumentów na rzecz zasadności żądania w stosunku do argumentacji podanej w proteście.
5. W ust. 3 ustawa wprowadza istotne *novum*. Przepis obliguje zespół arbitrów do brania pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia (wymienia je przepis art. 93 ust.1), nie określa jednak sposobu przełożenia tego obowiązku na treść wyroku (w razie ustalenia przez zespół arbitrów, że przesłanka unieważnienia postępowania rzeczywiście zaistniała). Zespół arbitrów ma w takim wypadku obowiązek uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienie postępowania. Merytoryczna zasadność żądania odwołującego się pozostaje w tej sytuacji bez znaczenia prawnego. Zważywszy na treść przepisu ust. 2, zespół arbitrów nie ma kompetencji do orzeczenia wyrokiem o unieważnieniu postępowania, jest to bowiem czynność zamawiającego. Według art. 93 ust. 1 „Zamawiający unieważnia postępowanie...”.
6. Uprawnienia zespołu arbitrów związane z uwzględnieniem odwołania nie mogą dotyczyć czynności zamawiającego wykraczających poza sferę postępowania o udzielenie zamówienia, ta zaś kończy się wyborem przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Konsekwencją prawną tej zasady określa przepis ust. 4 stanowiąc, że zespół arbitrów nie może nakazać zawarcia umowy.
7. Koniecznym elementem wyroku i postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest rozstrzygnięcie o kosztach tego postępowania (ust. 5). Szczegółowe zasady rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 marca 2004 r., obowiązujące od 3 kwietnia 2004 r.¹
8. Ustawa utrzymała dotychczasową zasadę, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku (ust. 6). Nie przewiduje się wyjątków od tej zasady, co oznacza, że w razie: odrzucenia odwołania koszty

¹ Dz. U. Nr 49, poz. 468.

postępowania ponosi odwołujący się, umorzenia postępowania – koszty postępowania w całości lub w ograniczonej wysokości ponosi odwołujący się (patrz komentarz do art.189), oddalenia odwołania – koszty postępowania ponosi odwołujący się, uwzględnienia odwołania – koszty postępowania ponosi zamawiający.

9. W teoretycznej raczej sytuacji (gdym przedmiotem protestu i odwołania są dwie lub więcej czynności zamawiającego) uwzględnienia odwołania w części i oddalenia go w pozostałym zakresie, udział każdej ze stron w kosztach postępowania odwoławczego określi zespół arbitrów, mając na względzie powołaną wyżej zasadę (stosownie do wyniku postępowania). Nie odpowiada prawu praktyka, gdy zespół arbitrów oddala odwołanie, a kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego. Rozstrzygające znaczenie ma treść sentencji wyroku, a nie ocena zespołu arbitrów, iż w postępowaniu zamawiającego były istotne niedociągnięcia.

Art. 192 [Uzasadnienie wyroku]

1. Zespół arbitrów z urzędu sporządza uzasadnienie wyroku oraz postanowienia kończące postępowanie odwoławcze.
 2. Uzasadnienie, o którym mowa w ust. 1, zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które zespół arbitrów uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.
 3. Bezpośrednio po sporządzeniu wyroku albo postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przewodniczący zespołu arbitrów ogłasza orzeczenie. Ogłoszenie następuje na posiedzeniu jawnym. Nieobecność stron nie wstrzymuje ogłoszenia.
 4. W sprawie zawilej zespół arbitrów może odroczyć ogłoszenie wyroku albo postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze na czas nie dłuższy niż 5 dni. W postanowieniu o odroczeniu ogłoszenia wyroku zespół arbitrów wyznacza termin jego ogłoszenia. Jeżeli ogłoszenie było odroczone, może go dokonać sam przewodniczący.
 5. Odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem doręcza się niezwłocznie stronom lub ich pełnomocnikom.
-
1. Wyrok i postanowienie kończące postępowanie odwoławcze wymaga pisemnego uzasadnienia. Zespół arbitrów sporządza je z urzędu (ust. 1). W ustawie przyjęto, że uzasadnienie stanowi element (część składową) orzeczenia. Oznacza to, że zespół arbitrów sporządza uzasadnienie bezpośrednio po sporządzeniu sentencji orzeczenia, po czym orzeczenie (sentencję i uzasadnienie) podpisują członkowie zespołu arbitrów, którzy uczestniczyli w wydaniu orzeczenia, a prze-

wodniczący zespołu arbitrów na posiedzeniu jawnym ogłasza je publicznie (ust. 3). Rozwiązanie powyższe ma tę zaletę, że pozostaje w zgodzie z zasadą sprawności postępowania o udzielenie zamówienia. Dotknięte jest jednak, co potwierdza praktyka, istotnym mankamentem natury organizacyjnej – nie zawsze pozwala, zważywszy na ograniczony czas przeznaczony na rozpoznanie sprawy, na sporządzenie uzasadnienia odpowiadającego w pełni wymaganiom ustawy.

2. Przepis ust. 2 określa wymagania, jakim powinno odpowiadać uzasadnienie wyroku i postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Na szczególną uwagę zasługują wymagania dotyczące: podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, podstawy prawnej orzeczenia, nie tylko „wyroku”, jakby to wynikało z powołanego wyżej przepisu.
3. Wymóg wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia może być spełniony w następstwie poprawnego przeprowadzenia postępowania dowodowego. Tylko w takim wypadku jest możliwe przedstawienie w uzasadnieniu orzeczenia faktów uznanych za ustalone i dowodów, na których ustalenia zostały oparte, a także oceny dowodów z punktu widzenia ich wiarygodności i mocy dowodowej. Wymóg wskazania podstawy prawnej orzeczenia jest spełniony w następstwie dokonania wyводу prawnego, z przytoczeniem przepisów prawa (ustawy i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, w razie potrzeby także przepisów innych aktów prawnych).
4. Wyrok i postanowienie kończące postępowanie odwoławcze są sporządzane na odrębnych formularzach, ich wzory określa Regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Postanowienia niekończące postępowania odwoławczego mają formę uproszczoną. Ze względu na to, że nie przysługuje na nie skarga do sądu, nie sporządza się ich na odrębnych formularzach, lecz wpisuje do protokołu posiedzenia lub rozprawy; nie sporządza się też ich uzasadnienia.
5. Ustawa wprowadza instytucję odroczenia ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (ust. 4). Może mieć ona zastosowanie w sprawie zawilej, a odroczenie ogłoszenia orzeczenia może nastąpić na czas nie dłuższy niż 5 dni. Ocena czy sprawa jest zawila należy do zespołu arbitrów. Może tu chodzić o zawilść pod względem faktycznym (zwłaszcza przy obszernym materiale faktycznym) lub prawnym (przede wszystkim w zakresie prawa materialnego). Z treści ust. 4 należy wnosić, że odroczenie ogłoszenia orzeczenia może nastąpić tylko raz. Tak też powinien on być interpretowany. Odroczenie ogłoszenia orzeczenia wymaga zachowania formy postanowienia, w którym zespół arbitrów powinien podać dokładny termin i miejsce ogłoszenia (w odniesieniu do charakteru prawnego tego postanowienia patrz komentarz do art. 191 i art. 192).
6. Z przepisu ust. 6 wynika, że stronom postępowania odwoławczego będą doręczane odpisy wyroków i postanowień kończących postępowanie odwoławcze. Literalna wykładnia tego przepisu uprawnia do wniosku, że arbitrzy złożą swe pod-

pisy pod oryginałem orzeczeń, o których wyżej mowa, a stronom będą doręczane odpisy. Tym samym w odniesieniu do doręczenia wyroku wprowadzono kolejną odrębność w stosunku do przepisów Kpc o sądzie polubownym. Art. 709 Kpc stanowi, że obu stronom doręcza się odpisy wyroku podpisany, tak jak oryginał.

Art. 193 [Upoważnienie]

Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia:

- 1) regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, mając na względzie zapewnienie sprawnej organizacji posiedzenia i rozprawy, szybkość przebiegu postępowania odwoławczego oraz jawności rozpraw;**
- 2) wysokość wynagrodzenia za czynności arbitrów, mając na względzie, że podstawę do ustalania wynagrodzenia za czynności arbitrów przy rozpoznawaniu odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna stanowić kwota bazowa, ustalona w ustawie budżetowej na dany rok, na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 110, poz. 1255, z późn. zm.) dla pracowników państwowej sfery budżetowej, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. b tej ustawy;**
- 3) wysokość i szczegółowe zasady pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowe zasady rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym, mając na względzie zasadność zwrotu stronie kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw lub do celowej obrony.**

Zgodnie z upoważnieniem zawartym w tym artykule, Prezes Rady Ministrów wydał następujące rozporządzenia: z dnia 30 marca 2004 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań¹, z dnia 15 marca 2004 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów², z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym³.

Rozdział 4 Skarga do sądu

Art. 194 [Przedmiot skargi]

- 1. Na wyrok zespołu arbitrów oraz postanowienia zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze przysługuje skarga do sądu.**

¹ Dz. U. Nr 56, poz. 547.

² Dz. U. Nr 48, poz. 461.

³ Dz. U. Nr 49, poz. 468.

- 2. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.**
1. Skarga do sądu, tj. skarga na wyrok zespołu arbitrów oraz skarga na postanowienie zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze nie jest zwykłym środkiem odwoławczym, lecz szczególnym środkiem ochrony prawnej zapewnianej stronom postępowania odwoławczego przez sąd powszechny w odrębnym postępowaniu skargowym.
2. Instytucja skargi do sądu została wprowadzona do polskiego systemu zamówień publicznych w uwzględnieniu postanowień dyrektyw Rady Wspólnot Europejskich, koordynujących przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane (art. 2 pkt 8 dyrektywy 89/665/EWG)¹. Wedługwołanego wyżej postanowienia, w razie gdy organy odwoławcze nie mają, tak jak w polskim systemie zamówień publicznych charakteru sądowego, należy wprowadzić przepisy zapewniające postępowanie umożliwiające odwołanie się do sądu (lub innego organu będącego sądem) w przypadku podjęcia przez organ odwoławczy bezprawnych środków lub uchybień w wykonywaniu nadanych mu uprawnień.
3. Postępowanie sądowe toczące się wskutek wniesienia skargi nie jest postępowaniem przed sądem drugiej instancji, a właściwy do jej rozpoznania sąd okręgowy nie jest sądem drugiej instancji, pomimo tego, że stosuje w tym postępowaniu odpowiednio przepisy Kpc o apelacji. Przepisy komentowanego rozdziału jako przepisy szczególne (*legis specialis*) w stosunku do przepisów Kpc o apelacji mają przed nimi pierwszeństwo. Wynika to z charakteru prawnego skargi.

Art. 195 [Wniesienie skargi]

- 1. Skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego.**
- 2. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia zespołu arbitrów, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi.**
- 3. Prezes Urzędu przekazuje skargę wraz z aktami postępowania odwoławczego sądowi właściwemu w terminie 7 dni od dnia jej otrzymania.**
- 4. W terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę może wnieść także Prezes Urzędu. Do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze.**

¹ Dz. Urz. WE Nr L 395 z 30 grudnia 1989 r.

1. Sądem właściwym do rozpoznania skargi jest sąd okręgowy (właściwość rzeczowa), właściwy ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania zamawiającego (właściwość miejscowa). Pojęcia „miejsca zamieszkania osoby fizycznej” i „siedziby osoby prawnej” określają przepisy Kc. Siedzibą osoby prawnej jest miejscowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający, chyba że co innego wynika z ustawy lub opartego na niej statutu (art. 41), a miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu (art. 25). Kc nie określa pojęcia siedziby jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, pozostawiając tę kwestię praktyce i orzecznictwu. Ze względu na zróżnicowany charakter prawny tych jednostek organizacyjnych zachodzi każdorazowo potrzeba ustalenia siedziby takiej jednostki. Odpowiednie zastosowanie może tu mieć przepis określający siedzibę osoby prawnej.
2. Skargi, o której mowa, nie wnosi się wprost do właściwego sądu okręgowego, lecz czyni się to za pośrednictwem Prezesa UZP. Termin 7 dni przewidziany w ust. 2 na wniesienie skargi nie jest terminem zawitym (jego uchybienie nie skutkuje utratą prawa do skargi), lecz tzw. terminem procesowym, charakteryzującym się tym, że w razie jego uchybienia bez winy strony może zostać przywrócony. Termin liczy się od dnia doręczenia odpisu orzeczenia zespołu arbitrów i rozpoczyna bieg od dnia następnego od tego zdarzenia (patrz art. 111 § 2 Kc).
3. Wnoszący skargę jest obowiązany przesłać jej odpis przeciwnikowi skargi. Jest to rozwiązanie inne niż przy odwołaniu, kiedy to obowiązek odwołującego się ogranicza się do zawiadomienia zamawiającego o wniesieniu odwołania. Wyraz „jednocześnie” użyty w ust. 2 należy rozumieć w ten sposób, że odpis skargi powinien być przesłany przeciwnikowi skargi w tym samym dniu, w którym skarga jest przedstawiana Prezesowi UZP. Przeciwnikowi skargi służy prawo do wniesienia odpowiedzi na skargę. Odpowiedź tę wnosi się bezpośrednio do właściwego sądu okręgowego w ciągu dwóch tygodni od dnia otrzymania od strony wnoszącej skargę odpisu tej skargi (patrz stosowany odpowiednio przepis art. 372 Kpc).
4. Podobnie jak przy wniesieniu odwołania, ustawa przewiduje podjęcie przez Prezesa UZP w postępowaniu skargowym stosownych czynności procesowych. Tym razem czynności te ograniczają się do przekazania skargi wraz z aktami sprawy sądowi właściwemu do jej rozpoznania. Termin 7 dni przewidziany na jej przekazanie jest terminem instrukcyjnym (patrz komentarz do art. 187).
5. Ustawa utrzymała uprawnienie Prezesa Urzędu do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów. Prezes został też uprawniony do wniesienia skargi na postanowienie zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze. Jest to procesowe uprawnienie Prezesa UZP, przy czym do podejmowanych przez niego czynności stosuje się odpowiednio przepisy Kpc o prokuratorze. Zważywszy na charakter prawny skargi do sądu (szczególny środek odwoławczy) chodzi tu o przepis

art. 60 § 2 Kpc z tą wszakże zmianą, że Prezesa UZP nie wiąże termin do wniesienia skargi ustanowiony dla stron (7 dni od doręczenia orzeczenia), lecz ustawowy termin 21 dni, liczony od ogłoszenia orzeczenia.

Art. 196 [Treść skargi]

- 1. Skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wnioszek o zmianę orzeczenia w całości lub w części.**
 - 2. Jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 5 000 000 euro, zamawiający w skardze lub w odpowiedzi na skargę może wnosić o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu sąd rozpoznaje niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego złożenia.**
 - 3. Sąd na posiedzeniu niejawnym może uchylić zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli stan postępowania o udzielenie zamówienia pozwala na to, a zamawiający uprawdopodobni, że zaskarżone orzeczenie zespołu arbitrów w sposób rażąco narusza przepisy o postępowaniu odwoławczym.**
1. Skarga do sądu powinna spełniać wymogi pisma procesowego określone w procedurze cywilnej (art. 126 Kpc) i apelacji (art. 368 Kpc) oraz skargi (ust. 1 komentowanego artykułu), przy czym ten ostatni przepis ma charakter szczególny (*lex specialis*) w stosunku do powołanych wyżej przepisów Kpc.
 2. Skarga powinna zawierać: oznaczenie sądu, do którego jest skierowana, imię i nazwisko lub nazwę stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników, oznaczenie rodzaju pisma, oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, ze wskazaniem czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, powołanie w razie potrzeby nowych faktów i dowodów oraz wykazanie, że w postępowaniu przed zespołem arbitrów nie było ono możliwe albo że potrzeba powołania się na nie wynikła później, a także wnioszek o zmianę orzeczenia w całości lub w części, podpis strony albo jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika, wymienienie załączników.
 3. Przepisy ust. 2 i 3 regulują kwestię uchylenia przez sąd w postępowaniu skargowym zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Pierwszy z nich określa przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawach, w których wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, a dla dostaw lub usług

5 000 000 euro, drugi natomiast takie przesłanki w sprawach o wartości zamówienia nieprzekraczającej podanych wyżej kwot.

4. Przesłanki, o których mowa w ust. 2, są następujące: wniosek o uchylenie zakazu zamawiający jest obowiązany złożyć w skardze (jeżeli jest skarżącym) lub w odpowiedzi na skargę (jeżeli skargę wnosi odwołujący się lub Prezes UZP), sąd rozpoznaje wniosek na posiedzeniu niejawnym niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego złożenia.
5. Z przepisu ust. 3 wynika, że sąd na posiedzeniu niejawnym może uchylić zakaz o którym mowa, gdy: stan postępowania o udzielenie zamówienia na to pozwala, zamawiający uprawdopodobni, że zaskarżone orzeczenie zespołu arbitrów rażąco narusza przepisy o postępowaniu odwoławczym. Przez rażące naruszenie przepisów o postępowaniu odwoławczym należy rozumieć skutki wynikające z tego naruszenia, przede wszystkim zaś skutki natury majątkowej, gospodarczej.

Art. 197 [Odrzucenie skargi, przywrócenie terminu]

- 1. Sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie.**
 - 2. Jeżeli strona nie dokonała w terminie czynności procesowej nie ze swojej winy, sąd na jej wniosek przywraca termin. Postanowienie w tej sprawie może być wydane na posiedzeniu niejawnym.**
 - 3. Pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do sądu w terminie 7 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi.**
1. Ust. 1 określa następujące przesłanki odrzucenia skargi: wniesienie po upływie terminu lub niedopuszczalność skargi z innych przyczyn (np. wniesienie skargi na postanowienie zespołu arbitrów niekończące postępowania odwoławczego), nieuzupełnienie w terminie braków formalnych skargi. Takie same przesłanki skutkują odrzuceniem apelacji (art. 370 Kpc).
 2. W rozumieniu ust. 2 skarga do sądu jest czynnością procesową strony. Sąd może przywrócić termin do wniesienia skargi przy spełnieniu następujących przesłanek procesowych: a) wniosku strony (przywrócenie terminu z urzędu nie jest dopuszczalne), b) złożenia tego wniosku w sądzie w terminie 7 dni od dnia ustania przyczyny uchybienia terminowi, c) wykazania we wniosku, że uchybienie terminu nastąpiło bez winy strony dokonującej czynności procesowej.
 3. Ocena winy strony należy do sądu. Sąd dokonuje tej oceny, uwzględniając całość okoliczności konkretnego wypadku, w tym jej obowiązek zachowania szczególnej staranności przy dokonywaniu czynności procesowej.

4. O przywróceniu lub odmowie przywrócenia terminu do wniesienia skargi sąd może orzec na posiedzeniu niejawnym. Orzeczenie sądu zapada w formie postanowienia. Na postanowienie sądu odmawiające przywrócenia terminu nie przysługuje zażalenie. Nie podlega przywróceniu termin instrukcyjny, nie wiąże się bowiem z czynnością procesową strony.
5. Ustawa utrzymała uprawnienie Prezesa Urzędu do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów. Prezes został też uprawniony do wniesienia skargi na postanowienie zespołu arbitrów kończące postępowanie odwoławcze. Odpowiedź na skargę jest czynnością procesową strony. Czynność ta nie została uregulowana w ustawie. Możliwość jej dokonania wynika z odpowiedniego stosowania przepisów Kpc o apelacji (patrz art. 194 ust. 2 Pzp). Termin do wniesienia odpowiedzi na skargę nie podlega przywróceniu, podobnie jak termin do wniesienia odpowiedzi na apelację (art. 372 Kpc). W razie wniesienia odpowiedzi na skargę w terminie jej odpis jest doręczany skarżącemu, w przypadku wniesienia jej po upływie terminu zostanie pozostawiona, jako czynność bezskuteczna (patrz art. 167 Kpc) w aktach sprawy.

Art. 198 [Rozpoznanie skargi]

- 1. Sąd rozpoznaje skargę niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 3 miesięcy od dnia wpłynięcia skargi do sądu.**
 - 2. Sąd oddala skargę, jeżeli jest ona bezzasadna. W razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy.**
 - 3. Jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyła wyrok oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.**
 - 4. Od wyroku sądu kasacja nie przysługuje.**
1. Sąd jest obowiązany do niezwłocznego rozpoznania skargi. Ustawodawca określił pojęcie „niezwłocznie” zwrotem „nie później jednak niż w terminie 3 miesięcy od dnia wpłynięcia skargi do sądu”. Termin 3 miesięcy, o którym mowa w ust. 1 jest terminem instrukcyjnym.
 2. Skargę na wyrok zespołu arbitrów sąd rozpoznaje na rozprawie. O oddaleniu lub uwzględnieniu skargi na wyrok zespołu arbitrów orzeka wyrokiem. Skargę na wyrok zespołu arbitrów sąd oddala jeżeli uzna, że jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd jest obowiązany zmienić zaskarżony wyrok i orzec co do istoty sprawy.
 3. Sąd nie jest uprawniony do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy zespołowi arbitrów do ponownego rozpoznania. Jest uprawniony do uchylenia zaskarżonego wyroku jedynie wtedy gdy stwierdzi, że zachodzą ustawowe przesłanki do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania. W razie takie-

go stwierdzenia sąd, uchylając zaskarżony wyrok, odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.

4. Do skargi na wydane przez zespół arbitrów postanowienie kończące postępowanie odwoławcze nie mogą mieć w postępowaniu skargowym zastosowania przepisy art. 198 ust. 2 i 3 ustawy. Sąd nie może traktować tej skargi tak samo jak skargę na wyrok zespołu arbitrów. Wynika to z faktu, że wyrok zespołu arbitrów jest orzeczeniem co do istoty sprawy, postanowienie zespołu arbitrów zaś orzeczeniem o charakterze formalnym.
5. Stosując odpowiednio przepisy Kpc o apelacji, sąd: skargę na wydane przez zespół arbitrów postanowienie kończące postępowanie odwoławcze rozpozna na posiedzeniu niejawnym (art. 397 § 1 Kpc), wyda postanowienie o oddaleniu skargi, jeżeli jest ona bezzasadna (ust. 2), bądź postanowienie, którym uchyli zaskarżone postanowienie zespołu arbitrów i odrzuci odwołanie lub umorzy postępowanie odwoławcze. Ze względu na to, że zaskarżone postanowienie zespołu arbitrów nie dotyczy istoty sprawy, jego zmiana przez sąd nie jest możliwa.
6. Zakaz wniesienia kasacji od wyroku (ust. 4) jest konsekwencją charakteru prawnego skargi do sądu (patrz komentarz do art. 194). *De lege ferenda* należałoby postulować zmianę tego stanu prawnego, w tym dopuszczenie możliwości wniesienia kasacji od wyroku wydanego w sprawie zamówienia znacznej wartości.

Dział VII

Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy

Art. 199 [Wyłączenia odpowiedzialności]

Przepisów niniejszego działu nie stosuje się do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1, 5 i 6.

1. Przepisy Działu VII przewidują sankcje w postaci kar pieniężnych za naruszenie przepisów Pzp, wprowadzają zatem nowy reżim odpowiedzialności o charakterze porządkowym, nieznanym w poprzednim stanie prawnym. Odpowiedzialność za naruszenie ustawy ponoszą zamawiający (z zastrzeżeniem wyłączenia zawartego w art. 199). Mogą to być osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które udzielają zamówienia na podstawie przepisów ustawy. Na podstawie tych przepisów nie odpowiadają natomiast osoby wykonujące konkretne czynności przy udzielaniu zamówienia (kierownik zamawiającego, członkowie komisji przetargowej etc.).
2. Przepis komentowanego artykułu wyłącza odpowiedzialność zamawiających, wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1, 5 i 6. Przepisów statuujących odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy nie stosuje się do: a) jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, b) podmiotów, które nie są jednostkami sektora finansów publicznych ani innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej ale udzielają zamówienia, którego wartość w ponad 50% jest finansowana ze środków publicznych lub jest finansowana przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, lub przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub przez niebędące jednostkami sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego jeżeli jednostki sektora finansów publicznych lub inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot) finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów lub akcji lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub mają prawo powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, c) podmiotów niebędących jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych ani innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jeżeli zamówienie finansowane jest z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w Pzp.
3. *Ratio legis* wyłączenia odpowiedzialności tych podmiotów na podstawie art. 200 i nast. Pzp wynika z tego, że podlegają one odpowiedzialności na podstawie

przepisów ustawy o finansach publicznych¹, która przewiduje inny sposób sankcjonowania niż Pzp. Odpowiedzialność taką, zgodnie z art. 137 tej ustawy, ponoszą pracownicy sektora finansów publicznych oraz inne osoby dysponujące środkami publicznymi, w tym osoby odpowiedzialne za gospodarowanie środkami publicznymi przekazanymi podmiotom spoza tego sektora. Jednym z czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest, zgodnie z art. 138 ust. 1 pkt 12 przywoływanej ustawy, naruszenie zasady lub trybu postępowania przy udzieleniu zamówienia publicznego ustalonego przepisami o zamówieniach publicznych. Karami za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są: upomnienie, nagana, kara pieniężna, zakaz pełnienia funkcji kierowniczych związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Komisja orzekająca w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych bierze pod uwagę stopień winy oraz skutki i stopień szkodliwości czynu. Jeżeli pracownik sektora finansów publicznych jest jednocześnie członkiem korpusu, o którym mowa w ustawie o służbie cywilnej² odpowiada dyscyplinarnie za naruszenie obowiązków m.in. obowiązku racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi także na podstawie przepisów tej ustawy. Katalog kar dyscyplinarnych stosowanych wobec członków korpusu służby cywilnej jest zbliżony do zawartego w ustawie o finansach publicznych.

4. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest uregulowana odmiennie, aniżeli odpowiedzialność porządkowa oparta na przepisach Pzp. Przepisy ustawy o finansach publicznych przewidują odpowiedzialność osób fizycznych będących pracownikami zamawiających, a nie samych zamawiających. Węższy jest również katalog czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy udzielaniu zamówień. Dotyczy on jedynie naruszenia „zasad lub trybu” postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy art. 200 przewiduje również sankcję za inne działania lub zaniechania zamawiających. Odpowiedzialność pracownika zarówno na gruncie ustawy o finansach publicznych, ustawy o służbie cywilnej, jak i kodeksu pracy oparta jest na zasadzie winy, natomiast przepisy Pzp (patrz art. 200 i 201) nie uzależniają kary nakładanej na zamawiającego od winy, a zwłaszcza jej postaci oraz od stopnia zawinienia.

Art. 200 [Rodzaje naruszeń]

Zamawiający, który:

1) udziela zamówienia:

- a) z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia,**
- b) bez wymaganego ogłoszenia;**

¹ Dz. U. z 2003 r., Nr 15, poz. 148, tekst jednolity.

² Dz. U. z 1999 r., Nr 49, poz. 483 z późn. zm.

- 2) **unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki unieważnienia;**
- 3) **dokonuje czynności przewidzianych w ustawie bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu;**
- 4) **dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy – podlega karze pieniężnej.**

1. Przepis tego artykułu zawiera zamknięty katalog czynów skutkujących nałożeniem na zamawiającego kary pieniężnej. Naruszenie przepisów Pzp niemające znamion wskazanych w nim czynów nie prowadzi do powstania odpowiedzialności przewidzianej tym przepisem. Odpowiedzialność na jego podstawie może być następstwem tak aktywnego działania zamawiającego, jak i jego zaniechania.
2. Zgodnie z ust. 1 lit. a nałożenie na zamawiającego kary pieniężnej jest spowodowane udzieleniem zamówienia z naruszeniem tych przepisów ustawy, które określają przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielania zamówienia, tj. art. 10, art. 55, art. 62, art. 67, art. 70, art. 74 ust. 2 i art. 127. Przepis ten należy rozumieć ściśle i nie można interpretować go rozszerzająco. Nie obejmuje on zatem swoim zakresem naruszenia przepisów dotyczących przesłanek przyznania nagrody w konkursie (art. 99–117) i udzielenia zamówienia w wyniku postępowania prowadzonego na zasadach szczególnych (art. 136–138), a także przepisów odnoszących się do przygotowania postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Odpowiadać na podstawie ust. 1 lit. a będą zamawiający udzielający zamówienia sektorowego z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek stosowania określonych trybów. Zamówienia sektorowe są udzielane w następujących trybach: przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, a po spełnieniu innych przesłanek także w innych trybach przewidzianych w Pzp. Odpowiedzialność na podstawie komentowanego przepisu może także łączyć się z zawarciem umowy ramowej.
4. Ust. 1 lit. a obejmuje także swym zakresem działania tych zamawiających, którzy udzielił koncesji na roboty budowlane (art. 118 i nast.) z naruszeniem przesłanek stosowania trybów wymienionych w art. 118 ust. 2. Zgodnie z tym przepisem do postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane stosuje się bowiem odpowiednio przepisy o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym albo negocjacjach z ogłoszeniem.
5. Kolejnym penalizowanym czynem jest udzielenie zamówienia bez wymaganego ogłoszenia. Zgodnie z art. 11 przez „wymagane ogłoszenie” należy rozumieć zarówno ogłoszenie publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, jak i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Pojęcie „wymagane ogłoszenie” obejmuje również ogłoszenie o wszczęciu postępowania prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem (przedmiotem którego jest zamówienie o wartości poniżej równowartości w złotych

kwoty 60 000 euro) zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej (jeżeli zamawiający taką stronę posiada). Przez „wymagane ogłoszenie” należy także rozumieć ogłoszenie o wszczęciu postępowania prowadzonego w trybie aukcji elektronicznej. Takie ogłoszenie zgodnie z art. 75 zamieszczane jest na stronie internetowej zamawiającego oraz na stronie, na której ma zostać przeprowadzona aukcja. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia ciąży również na zamawiającym, który zamierza udzielić zamówienia sektorowego (art. 122 i nast.) w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Nie podlega karze zamawiający udzielający zamówienia nieuwzględnionego we „wstępnym ogłoszeniu informacyjnym” (art. 13) czy też w „okresowym ogłoszeniu informacyjnym o planowanych zamówieniach sektorowych (art. 128). Zaniechanie obowiązków wymienionych w art. 13 i 128 nie oznacza bowiem udzielenia zamówienia bez wymaganego ogłoszenia wszczynającego postępowanie. Przepisy Pzp nie wyjaśniają natomiast, czy udzielenie zamówienia bez wymaganego ogłoszenia nastąpi także wówczas, gdy zamawiający nie opublikuje ogłoszenia o udzieleniu danego zamówienia (tj. o jego wyniku), zgodnie z art. 95. Dyspozycja ust. 1 lit. b jest wyraźna: „zamawiający, który udziela zamówienia bez wymaganego ogłoszenia”. Sytuacją penalizowaną przez ten przepis jest zatem wyłącznie udzielenie zamówienia, które następuje mimo bezskutecznego upływu terminu do publikacji ogłoszenia. Natomiast samo pojęcie „ogłoszenia o udzieleniu zamówienia” wskazuje, że ogłoszenie to dotyczy zamówienia już udzielonego. Wynika to także z treści art. 95, zgodnie z którym w przypadkach opisanych w tym przepisie zamawiający obowiązany jest opublikować ogłoszenie o udzieleniu zamówienia niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli zamiarem ustawodawcy byłoby penalizowanie zamawiających, którzy uchylają się od zamieszczania jakichkolwiek ogłoszeń przewidzianych przepisami Pzp, przepis art. 200 brzmiałby odmiennie i wprost przewidywał odpowiedzialność zamawiających za ściśle określone uchybienia. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że uchybienie obowiązkowi o którym mowa w art. 95 nie skutkuje odpowiedzialnością na podstawie ust. 1 lit. b, ponieważ przepisu tego nie należy interpretować rozszerzająco.

6. Czynem prowadzącym do powstania odpowiedzialności jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów Pzp określających przesłanki unieważnienia, wymienionych enumeratywnie w art. 93 ust. 1. Są one jednak w niektórych przypadkach niedookreślone. Dotyczy to w szczególności przesłanki „istotnej zmiany okoliczności” (art. 93 ust. 1 pkt 6). Zasadność unieważnienia postępowania może być zatem przedmiotem oceny Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego. W razie uznania, że postępowanie zostało unieważnione wbrew przepisowi art. 93 ust. 1 Prezes Urzędu nałoży na zamawiającego karę pieniężną. Niezależnie od odpowiedzialności na podstawie art. 200 zamawiający, który unieważni postępowanie z przyczyn leżących po jego stronie musi liczyć się z roszczeniem wykonawców o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu (art. 93 ust. 4).

7. Sankcji w postaci kary pieniężnej podlega zamawiający, który dokonuje czynności bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu. Zgoda taka wymagana jest w następujących przypadkach: zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 2 (jeżeli wartość zamówienia przekracza równowartość w złotych kwoty 60 000 euro), zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 2 (jeżeli wartość zamówienia przekracza równowartość w złotych kwoty 60 000 euro), odstąpienie od żądania zabezpieczenia na podstawie art. 147 ust. 4 (jeżeli zgodnie z ustawą zamawiający jest obowiązany żądać zabezpieczenia od wykonawcy), zastosowanie na podstawie art. 67 ust. 2 trybu z wolnej ręki (jeżeli szacunkowa wartość zamówienia przekracza równowartość w złotych kwoty 60 000 euro), zawarcie umowy na okres dłuższy niż 3 lata na podstawie art. 142 ust. 2, zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Na podstawie pkt 3 za naruszenie przepisów Pzp odpowiada zamawiający, który wystąpił do Prezesa Urzędu o zgodę na dokonanie określonej czynności, a dokonał jej zanim Prezes Urzędu wydał stosowną zgodę w formie decyzji administracyjnej.
8. Odpowiedzialność ponosi zamawiający, który dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów Pzp. Zgodnie z art. 144 ust. 1 zakazane są zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub jeżeli zmiany takie są korzystne dla zamawiającego. Tak więc zamawiający odpowiada jeżeli dokona zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonał wyboru wykonawcy. Naruszeniem przepisów Pzp będzie również zmiana postanowień dotyczących czasu trwania umowy, np. z zawartej na czas oznaczony na umowę, której czas trwania jest nieoznaczony (naruszenie zasady wyrażonej w art. 142 ust. 1). Wbrew przepisom będzie także zmiana umowy polegająca na rezygnacji przez zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sytuacjach, w których jest ono obowiązkowe (art. 147 ust. 3).
9. Powstaje pytanie czy na podstawie ust. 4 odpowiada także ten zamawiający, który z naruszeniem art. 144 dokonuje zmian umowy ramowej zawartej na podstawie art. 125 i nast. Biorąc pod uwagę naturę umowy ramowej należy na zadane pytanie odpowiedzieć negatywnie. Umowa ramowa nie jest umową zawieraną w wyniku postępowania (te umowy są regulowane w art. 139 i nast.), lecz jedynie jednym z etapów takiego postępowania, który ma na celu określenie zasadniczych warunków przyszłych zamówień. W jej wyniku nie dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego, bowiem zamówienia są udzielane poprzez odrębne umowy.
10. Sankcją za naruszenie przepisów ustawy może być również nieważność umowy (art. 140 ust. 2, art. 144 ust. 2, art. 146). Naruszenie przepisów Pzp może w końcu łączyć się z odpowiedzialnością karną przewidzianą przepisami Kodeksu karnego jak i cywilną przewidzianą przepisami Kodeksu cywilnego. W przypadku odpowiedzialności karnej chodzi przede wszystkim o przestępstwo

utrudniania przetargu publicznego (art. 305 Kk), przestępstwo nadużycia zaufania (art. 296 Kk), łapownictwo (art. 228 Kk), płatną protekcję (art. 230 Kk), nadużycie funkcji (art. 231 Kk). Odpowiedzialność cywilna może wynikać zarówno z czynów niedozwolonych (art. 415 i nast. Kc), jak i *ex contractu* (art. 471 i nast. Kc). Należy również wspomnieć o przepisie art. 412 Kc, zgodnie z którym sąd może orzec przepadek świadczenia na rzecz Skarbu Państwa, jeżeli świadczenie to zostało świadomie spełnione w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub w celu niegodziwym.

Art. 201 [Wysokość kary]

- 1. Wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 200, ustala się w zależności od wartości zamówienia.**
- 2. Jeżeli wartość zamówienia:**
 - 1) nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro – kara pieniężna wynosi 3000 złotych;**
 - 2) przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro, a nie przekracza 5 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 10 000 000 euro dla robót budowlanych – kara pieniężna wynosi 30 000 złotych;**
 - 3) przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 10 000 000 euro dla robót budowlanych – kara pieniężna wynosi 150 000 złotych.**

W zamyśle ustawodawcy kary pieniężne mają zapewniać formę reakcji na naruszenie ustawy, adekwatną do charakteru jej pogwałcenia i w wysokości odczuwalnej przez ukarany podmiot. Wysokość kary jest określana konkretną kwotą pieniężną, uzależnioną od wartości przedmiotu zamówienia, bez możliwości jej stopniowania w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy oraz stopnia zawinienia (a nawet w braku winy). W przeciwieństwie do innych ustaw (np. ustawy o finansach publicznych) komentowane przepisy nie przewidują jakichkolwiek okoliczności wyłączających odpowiedzialność lub karalność. Przepisy ustawy nie przewidują także możliwości uwzględniania jakichkolwiek okoliczności łagodzących przy nakładaniu kary pieniężnej. Na uwagę zasługuje w końcu fakt, że w przypadku kar pieniężnych ustawa posługuje się kwotą w złotych, a nie równowartością w złotych określonej kwoty euro, co jest regułą w Pzp. Przepis komentowanego artykułu nie przewiduje zatem mechanizmów waloryzacyjnych kar pieniężnych w oparciu o walutę europejską. W przypadku spadku wartości polskiej waluty zmiana wysokości kar pieniężnych będzie możliwa jedynie w drodze nowelizacji Pzp.

Art. 202 [Tryb nałożenia kary]

- 1. Karę pieniężną nakłada Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej.**
- 2. Decyzji o nałożeniu kary pieniężnej nie można nadać klauzuli natychmiastowej wykonalności.**

1. Prezes Urzędu w razie stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, o których mowa w art. 200 jest nie tylko uprawniony, ale i obowiązany do wydania decyzji o nałożeniu kary pieniężnej. Decyzja taka może być wydana w wyniku postępowania kontrolnego prowadzonego na podstawie art. 161 i nast. Zgodnie bowiem z art. 171 jeżeli w wyniku postępowania kontrolnego ujawnione zostaną działania lub zaniechania naruszające przepisy ustawy, Prezes Urzędu jest uprawniony do m.in. nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w Dziale VII. Przepisy Pzp nie wykluczają jednak *expressis verbis* sytuacji, w której Prezes Urzędu nałoży karę pieniężną bez uprzedniego postępowania kontrolnego w rozumieniu art. 161 i nast., lecz po przeprowadzeniu innego postępowania administracyjnego.
2. Kary pieniężne są nakładane przez Prezesa Urzędu w drodze decyzji administracyjnej. Oznacza to, że wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej Prezes Urzędu jest obowiązany stosować, obok przepisów Pzp, również przepisy Kpa. Będą one miały charakter *lex generalis* w stosunku do art. 161 i nast. Przepisami Kpa, które powinny być stosowane przez Prezesa Urzędu są m.in. ogólne przepisy dotyczące zasad prowadzenia postępowania administracyjnego, przepisy odnoszące się do terminów stosowanych w postępowaniu administracyjnym, gromadzenia dowodów, odwołań etc. Szczególne znaczenie mieć będzie uzasadnienie decyzji. Stosownie do art. 107 § 3 Kpa powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów, które uznano za udowodnione, dowodów oraz przyczyn, z powodu których innych dowodów nie uwzględniono, a uzasadnienie prawne wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa.
3. Mając na uwadze fakt, że decyzję w trybie art. 202 wydaje centralny organ administracji rządowej (art. 152), od decyzji wydanej przez niego w pierwszej instancji nie służy odwołanie. Strona niezadowolona z decyzji może jednak zgodnie z art. 127 § 3 Kpa zwrócić się do Prezesa Urzędu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy Kpa dotyczące odwołań od decyzji. Zgodnie z art. 128 Kpa wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy nie wymaga szczegółowego uzasadnienia. Z jego treści wynikać musi jedynie, że strona wnosząca pismo nie jest zadowolona z wydanej decyzji administracyjnej. Wniosek o ponowne rozpatrzenie wnosi się zgodnie z art. 129 § 2 Kpa w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie – od dnia jej ogłoszenia. Decyzja Prezesa Urzędu wydana w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy może zostać zaskarżona do sądu administracyjnego. Zgodnie z ustawą Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹ sądem właściwym do rozstrzygania skargi na decyzje administracyjne wydane przez Prezesa Urzędu jest Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie.
4. Zasadą wyrażoną w art. 108 § 1 Kpa jest możliwość nadania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji, od której przysługuje odwołanie. Oznacza to

¹ Dz. U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.

w praktyce, że decyzja taka staje się wykonalna i stanowi tytuł egzekucyjny, mimo że nie jest ostateczna. Z piśmiennictwa nie wynika jednoznacznie, czy rygor natychmiastowej wykonalności może być nadany decyzji wydanej w pierwszej instancji przez naczelny organ administracji publicznej. W doktrynie wypowiedziano pogląd, że od decyzji tych nie służy odwołanie, a jedynie wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, co powoduje brak uprawnienia organów administracji państwowej do nadawania wydanym przez siebie decyzjom rygoru natychmiastowej wykonalności¹. Przepis ust. 2 rozwiewa te wątpliwości wprowadzając wyraźny zakaz nadawania decyzjom Prezesa Urzędu w zakresie kar za naruszenie przepisu ustawy rygoru natychmiastowej wykonalności.

Art. 203 [Postępowanie egzekucyjne]

- 1. Środki z kary pieniężnej stanowią dochód budżetu państwa.**
- 2. Kary pieniężne podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji w zakresie egzekucji obowiązków o charakterze pieniężnym.**
 1. Przepis ust. 1 przewiduje, że kary pieniężne stanowią dochód budżetu państwa. Instytucja budżetu państwa została uregulowana w ustawie o finansach publicznych (art. 61 i nast.). Zgodnie z art. 62 pkt 13 tej ustawy dochodami budżetu państwa są m.in. grzywny, mandaty i inne kary pieniężne, o ile na mocy odrębnych przepisów nie stanowią dochodów innych jednostek sektora finansów publicznych.
 2. Tryb ściągania kar pieniężnych nałożonych przez Prezesa Urzędu określony został w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji². Został w niej określony tryb postępowania, środki przymusu oraz sposoby zabezpieczenia wykonania obowiązków. Zgodnie z art. 19 tej ustawy organem egzekucyjnym należności pieniężnych jest urząd skarbowy. Może on podejmować środki egzekucyjne, które w przypadku należności pieniężnych oznaczają egzekucję m.in. z pieniędzy, z rachunków bankowych, z innych wierzytelności pieniężnych, z praw z papierów wartościowych, z weksła, z autorskich praw majątkowych i praw pokrewnych oraz z praw własności przemysłowej, z udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, z pozostałych praw majątkowych, z ruchomości oraz nieruchomości. Urząd skarbowy może przystąpić do egzekucji z urzędu na podstawie tytułu wykonawczego przez siebie wystawionego. Wszczęcie egzekucji administracyjnej następuje z chwilą doręczenia zobowiązanemu odpisu tytułu wykonawczego lub doręczenia dłużnikowi zajętej wierzytelności zawiadomienia o zajęciu wierzytelności lub innego prawa majątkowego, jeżeli to doręczenie nastąpiło przed doręceniem zobowiązanemu odpisu tytułu wykonawczego.

¹ W. Dawidowicz, Postępowanie administracyjne, 1983, s. 207.

³ Dz. U. z 2002 r., Nr 110, poz. 968, tekst jednolity.

Dział VIII

Zmiany w przepisach obowiązujących

Art. 204 [Ustawa o zawodach pielęgniarek i położnych]

W ustawie z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz. U. z 2001 r. Nr 57, poz. 602 i Nr 89, poz. 969 oraz z 2003 r. Nr 109, poz. 1029) w art. 10 w ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3. Wyboru organizatora kształcenia prowadzącego specjalizację finansowaną ze środków publicznych dokonuje minister właściwy do spraw zdrowia, stosując przepisy o zamówieniach publicznych.”.

1. Przepisy zawarte w Dziale VIII wprowadzają zmiany w ustawach powiązanych pośrednio z Pzp. Mają one przede wszystkim charakter redakcyjny, zastępując znajdujące się w nich odesłania do ustawy o zamówieniach publicznych odesłaniami do Pzp bądź ogólnie do przepisów o zamówieniach publicznych. Na pojęcie „przepisy o zamówieniach publicznych” składają się przepisy Pzp i przepisy aktów wykonawczych wydanych na jego podstawie.
2. Komentowany przepis przewiduje zmianę art. 10 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej. Dotyczy on kształcenia podyplomowego tych dwóch grup zawodowych. Ust. 1 tego artykułu stanowi, że kształcenie podyplomowe jest prowadzone na podstawie programów kształcenia sporządzanych dla danego jego rodzaju i trybu przez organizatora kształcenia podyplomowego, tzw. „organizatora kształcenia”. Specjalizacja jest finansowana ze środków publicznych przeznaczonych na ten cel w budżecie państwa. Zmiana wprowadzona jest także w ust. 3 przewidując, że dla wyboru organizatora kształcenia prowadzącego specjalizację finansowaną ze środków publicznych stosowane winny być przepisy o zamówieniach publicznych.

Art. 205 [ustawa o gospodarce nieruchomościami]

W ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543, z późn. zm.) w art. 189 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Wyłonienie zarządcy lub przedsiębiorcy, o których mowa w ust. 1, następują na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych.”.

Art. 189 ustawy o gospodarce nieruchomościami przewiduje, że nieruchomości stanowiące zasoby Skarbu Państwa, gminne zasoby nieruchomości, powiatowe zasoby nieruchomości i wojewódzkie zasoby nieruchomości mogą być zarządzane wyłącznie przez zarządców licencjonowanych albo przez przedsiębiorców zatrudniających takich zarządców do wykonywania czynności zarządzania. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu do wyłonienia takiego zarządcy lub przedsiębiorcy należy stosować przepisy o zamówieniach publicznych.

Art. 206 [Ustawa o działach administracji rządowej]

W ustawie z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2003 r. Nr 159, poz. 1548, Nr 162, poz. 1568 i Nr 190, poz. 1864) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 6 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Minister właściwy do spraw administracji publicznej sprawuje nadzór nad Prezesem Wyższego Urzędu Górniczego oraz na podstawie kryterium zgodności z prawem nad działalnością regionalnych izb obrachunkowych.”;

2) w art. 33a w ust. 1 w pkt 12 kropkę zastępuje się średnikiem i dodaje się pkt 13 w brzmieniu:

„13) Urząd Zamówień Publicznych.”.

Do dnia wejścia w życie Pzp minister właściwy do spraw administracji publicznej sprawował nadzór nad Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych. Zmiana art. 6 ust. 2 ustawy o działach administracji rządowej wynika ze zmiany statusu Prezesa Urzędu, który jako centralny organ administracji rządowej, zgodnie z art. 152 ust. 2, podlega nadzorowi Prezesa Rady Ministrów. Konsekwencją tego jest zmiana art. 33a ust. 1 pkt 12 i 13 ustawy o działach administracji rządowej. Do wykazu podmiotów administracji rządowej nieobjętych zakresem działów administracji rządowej, nad którymi nadzór sprawuje Prezes Rady Ministrów (Główny Urząd Statystyczny, Polski Komitet Normalizacyjny, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencja Wywiadu, Urząd Służby Cywilnej) dodany został Urząd Zamówień Publicznych.

Art. 207 [Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych]

W ustawie z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 137, poz. 887, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 64 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Wybór zarządzającego środkami FRD odbywa się w trybie negocjacji z ogłoszeniem lub negocjacji bez ogłoszenia. Przepisy o zamówieniach publicznych stosuje się odpowiednio.”;

2) w art. 68 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. W ramach realizacji zadania określonego w ust. 1 pkt 1 lit. f) Zakład udziela zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości 60 000 euro na dodatkowe opinie lekarza konsultanta lub psychologa oraz wyniki obserwacji szpitalnej – zgodnie z potrzebami orzecznictwa lekarskiego z wyłączeniem przepisów o zamówieniach publicznych.”.

1. Art. 58 i nast. ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych dotyczą tzw. Funduszu Rezerwy Demograficznej (FRD). Zgodnie z art. 64 ust. 1 tej ustawy po

zgromadzeniu przez FRD środków wyższych niż 250 000 tys. zł zarządzanie tymi środkami może być powierzone przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych uprawnionemu podmiotowi zewnętrznemu na zasadach określonych w ustawie i umowie o zarządzaniu. Dotychczas wybór zarządzającego środkami FRD odbywał się w trybie przetargu dwustopniowego lub negocjacji z zachowaniem konkurencji. Nowe brzmienie tego przepisu przewiduje stosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem i negocjacji bez ogłoszenia, nakazując ponadto odpowiednie stosowanie innych przepisów o zamówieniach publicznych.

2. Art. 68 ust. 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przewiduje wyłączenie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w przypadku udzielania zamówień na dodatkowe opinie lekarskie dla potrzeb ustalania uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych. Dotychczasowe brzmienie przewidywało wyłączenie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

Art. 208 [Ustawa o finansach publicznych]

W ustawie z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

- 1) w art. 28 ust. 4 otrzymuje brzmienie:

„4. Jednostki sektora finansów publicznych dokonują zakupów dostaw, usług i robót budowlanych na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych.”;

- 2) art. 44 otrzymuje brzmienie:

„Art. 44. Do zaciągania pożyczek i kredytów przez Skarb Państwa, emisji skarbowych papierów wartościowych oraz innych operacji związanych bezpośrednio z zarządzaniem państwowym długiem publicznym nie stosuje się przepisów, o których mowa w art. 28 ust. 4.”;

- 3) w art. 92 pkt 5 otrzymuje brzmienie:

„5) zlecenie zadań powinno następować na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych, a w odniesieniu do podmiotów niedziałających w celu osiągnięcia zysku w trybie jawnego wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych, z odpowiednim zastosowaniem art. 25 i art. 71;”;

- 4) w art. 138 w ust. 1 pkt 12 otrzymuje brzmienie:

„12) naruszeniu zasady lub trybu postępowania przy udzieleniu zamówienia publicznego ustalonych przepisami, o których mowa w art. 28 ust. 4;”.

Zmiana art. 28 ust. 4, art. 44, art. 92 pkt 5 i art. 138 ust. 1 pkt 12 ustawy o finansach publicznych polega na zastąpieniu odwołań do ustawy o zamówieniach publicznych odwołaniem do przepisów o zamówieniach publicznych.

Art. 209 [Ustawa offsetowa]

W ustawie z dnia 10 września 1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. Nr 80, poz. 903, z późn. zm.) w art. 9 ust. 1a otrzymuje brzmienie: „1a. Jeżeli złożona oferta offsetowa nie spełnia wymagań określonych w ustawie lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, minister właściwy do spraw gospodarki może żądać jej uzupełnienia, określając termin i zakres tego uzupełnienia. Jeżeli oferta nie zostanie uzupełniona w terminie, minister właściwy do spraw gospodarki zawiadamia prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o zaistnieniu okoliczności określonych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177) i przekazuje stosowną dokumentację.”.

Zmiana art. 9 ust. 1a ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa polega na zastąpieniu odesłania do art. 19 ust. 1 pkt 8 ustawy o zamówieniach publicznych odesłaniem do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp.

Art. 210 [Ustawa o wspieraniu restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej]

W ustawie z dnia 7 października 1999 r. o wspieraniu restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 83, poz. 932, z późn. zm.) w art. 16 pkt 4 otrzymuje brzmienie:

„4) przepisu art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177).”.

Art. 16 ustawy o wspieraniu restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, że do spółek przemysłowego potencjału obronnego nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp przewidującego wykluczenie wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. W poprzednim brzmieniu tego przepisu znajdowało się odesłanie do art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o zamówieniach publicznych.

Art. 211 [Ustawa o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem administracji publicznej]

W ustawie z dnia 21 stycznia 2000 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem administracji publicznej (Dz. U. Nr 12, poz. 136, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 67 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Do porozumienia, o którym mowa w ust. 1, nie stosuje się przepisów art. 33 i 34 ustawy o administracji rządowej w województwie oraz przepisów o zamówieniach publicznych.”;

2) uchyla się art. 68.

1. Zmiana art. 67 ust. 2 o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem administracji publicznej ma czysto techniczny charakter. Dotychczas do porozumienia pomiędzy organami administracji rządowej a jednostkami samorządu terytorialnego oraz innym samorządowymi osobami prawnymi w zakresie reprezentowania Skarbu Państwa nie stosowano przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, natomiast obecnie nie są stosowane przepisy o zamówieniach publicznych.
2. Uchylenie art. 68 omawianej ustawy ma znacznie bardziej doniosłe znaczenie. Przepis ten stanowił, że organy reprezentujące Skarb Państwa mogą ustanawiać pełnomocników spośród adwokatów i radców prawnych bez zachowania trybu określonego w ustawie o zamówieniach publicznych. Zmiana wprowadzona przez komentowany artykuł powoduje, że organy te, aby ustanowić pełnomocnika w osobie adwokata lub radcy prawnego są obowiązane stosować przepisy Pzp (patrz jednak art. 5 ust.1 pkt 7).

Art. 212 [Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych]

W ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1116) w art. 41 ust. 6 otrzymuje brzmienie:

„6. Przy wyborze wykonawcy prac, o których mowa w ust. 1, spółdzielnia stosuje przepisy o zamówieniach publicznych.”

Poprzednie brzmienie przepisu art. 41 ust. 6 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych odsyłało do ustawy o zamówieniach publicznych.

Art. 213 [Ustawa o regulacji rynku skrobi ziemniaczanej]

W ustawie z dnia 11 stycznia 2001 r. o regulacji rynku skrobi ziemniaczanej (Dz. U. Nr 11, poz. 83) w art. 16 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Do przetargu na eksport skrobi z dopłatą nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych.”

Poprzednie brzmienie tego przepisu odsyłało do ustawy o zamówieniach publicznych.

Art. 214 [Ustawa o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w latach 2001–2006]

W ustawie z dnia 25 maja 2001 r. o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w latach 2001–2006 (Dz. U. Nr 76, poz. 804, z późn. zm.) w art. 5 w ust. 2 pkt 1 otrzymuje brzmienie: „1) mogą być zawierane umowy wieloletnie, do których nie stosuje się przepisu art. 29 ust. 6 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148, Nr 45, poz. 391, Nr 65, poz. 594, Nr 96, poz. 874, Nr 166, poz. 1611 i Nr 189, poz. 1851 oraz z 2004 r. Nr 19, poz. 177) i art. 143 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177),”.

W ramach programu przebudowy i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych w latach 2001–2006, o którym mowa w ustawie o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w latach 2001–2006 mogą być zawierane umowy wieloletnie. Nie stosuje się do nich art. 143 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym na czas nieoznaczony mogą być zawierane umowy, których przedmiotem są dostawy wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej. Poprzednio art. 5 ust. 2 pkt 1 tej ustawy przewidywał, że do umów wieloletnich nie ma zastosowania art. 73 ustawy o zamówieniach publicznych.

Art. 215 [Ustawa Prawo ochrony środowiska]

W ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. Nr 62, poz. 627, z późn. zm.) w art. 213 ust. 2 otrzymuje brzmienie: „2. Zlecenie, o którym mowa w ust. 1, dokonywane jest w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, na okres od 5 do 8 lat.”

Poprzednie brzmienie przepisu art. 213 ust. 2 ustawy Prawo ochrony środowiska odsyłało do ustawy o zamówieniach publicznych.

Art. 216 [Ustawa o dopłatach do oprocentowania kredytów mieszkaniowych o stałej stopie procentowej]

W ustawie z dnia 5 grudnia 2002 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów mieszkaniowych o stałej stopie procentowej (Dz. U. Nr 230, poz. 1922) w art. 11 ust. 2 otrzymuje brzmienie: „2. Do wyboru banków nie mają zastosowania przepisy o zamówieniach publicznych.”

Poprzednie brzmienia tych przepisów odsyłały do ustawy o zamówieniach publicznych.

Art. 217 [Ustawa o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia]

W ustawie z dnia 23 stycznia 2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (Dz. U. Nr 45, poz. 391, z późn. zm.) w art. 76 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Przy zawieraniu umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych stosuje się odpowiednio art. 29 i 30 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177).”

Zmiana wprowadzona w komentowanym artykule straciła znaczenie i jest nieaktualna. Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia oraz o zmianie ustawy o zasadach uznawania nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej kwalifikacji do wykonywania zawodów regulowanych oraz o zmianie niektórych ustaw¹ wykreśliła art. 76 ust. 2 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia. Do umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych nie stosuje się zatem przepisów o zamówieniach publicznych. Należy również wziąć pod uwagę fakt, że przepis ten (wraz z wieloma innymi przepisami tej ustawy) został wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r. uznany za niezgodny z Konstytucją RP i stracił moc z dniem 31 grudnia 2004 r. Analogicznie brzmiący przepis znalazł się w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, która zastąpiła ustawę o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym.

Art. 218 [Ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych]

W ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323) w art. 3 wprowadza się następujące zmiany:

1) pkt 3 otrzymuje brzmienie:

„3) podmioty, o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177);”;

2) uchyla się pkt 4.

W dotychczasowym brzmieniu przepisy art. 3 pkt 3 i pkt 4 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych stanowiły, że ustawę tę stosuje się do transakcji handlowych, których wyłącznymi stronami są podmioty wymienione w art. 4 i 4a ustawy o zamówieniach publicznych. Obecnie w art. 3 pkt 3 przywoływanej

¹ Dz. U. Nr 93, poz. 892.

wcześniej ustawy odsyła się do art. 3 Pzp, który swoim zakresem obejmuje wszystkie podmioty obowiązane do udzielania zamówień zgodnie z tą ustawą. Nie podlegają reżimowi ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych podmioty należące do sektora finansów publicznych (art. 4 pkt 4 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych).

Art. 219 [Ustawa o Wojskowych Służbach Informacyjnych]

W ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o Wojskowych Służbach Informacyjnych (Dz. U. Nr 139, poz. 1326 i Nr 179, poz. 1750) w art. 12 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Koszty realizacji zadań WSI, w zakresie których – ze względu na wyłączenie ich jawności – nie mogą być stosowane przepisy o finansach publicznych, przepisy o rachunkowości oraz przepisy o zamówieniach publicznych, są finansowane z utworzonego na ten cel funduszu operacyjnego WSI.”

Poprzednie brzmienie tego przepisu odsyłało do ustawy z o zamówieniach publicznych.

Dział IX

Przepisy przejściowe i końcowe

Art. 220 [Postępowania wszczęte przed wejściem w życie ustawy]

- 1. Do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz postępowań odwoławczych i kontroli, które ich dotyczą, stosuje się przepisy dotychczasowe.**
- 2. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.**

1. Postępowania o udzielenie zamówienia wszczęte przed dniem wejścia w życie Pzp oraz dotyczące ich postępowania odwoławcze, a także kontrolne będą prowadzone na dotychczasowych zasadach. Za datę wszczęcia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem należy uznać zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu. Postępowania odwoławcze to zarówno postępowanie protestacyjne, postępowanie toczące się przed zespołem arbitrów, jak również postępowanie toczące się przed sądem okręgowym wskutek wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów.
2. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie Pzp należy stosować przepisy dotychczasowej ustawy. Dotyczy to przede wszystkim przepisów odnoszących się do zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdy umowa taka została zawarta pod rządami Pzp, stosuje się przepisy tej ustawy nawet wówczas, gdy postępowanie prowadzone było z zastosowaniem przepisów uzp.
3. W postępowaniach toczonych na podstawie Pzp można powoływać się na okoliczności faktyczne powstałe pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych. Chodzi przede wszystkim o przesłanki stosowania określonych trybów zamówień. W przypadku negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia oraz zapytania o cenę jedną z okoliczności uzasadniających udzielenie zamówienia jest brak ważnych ofert w prowadzonych uprzednio postępowaniach w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. Wskazane tryby mogą być stosowane, gdy postępowania prowadzone pod rządami uzp nie dały rezultatu.

Art. 221 [Termin ogłoszenia konkursu na kandydatów na Prezesa UZP]

- 1. W terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy Prezes Rady Ministrów ogłosi konkurs, o którym mowa w art. 153 ust. 1.**
- 2. Do czasu powołania Prezesa Urzędu wyłonionego w drodze konkursu obowiązki Prezesa Urzędu pełni Prezes Urzędu powołany na dotychczasowych zasadach.**

Zgodnie z art. 153 ust. 1 Prezesa Urzędu powołuje Prezes Rady Ministrów spośród kandydatów wyłonionych w drodze otwartego konkursu. Tryb przeprowadzenia konkursu na kandydatów na stanowisko Prezesa Urzędu określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów¹. Zgodnie z przepisem zawartym w komentowanym artykule konkurs ten został ogłoszony przez Prezesa Rady Ministrów w dniu 2 sierpnia 2004 r., tj. przed upływem 6 miesięcy od dnia wejścia w życie Pzp. Dotychczasowy Prezes Urzędu będzie sprawował swą funkcję aż do zakończenia procedury konkursowej, zakończonej powołaniem nowego Prezesa Urzędu. Procedura konkursowa nie dotyczy Wiceprezesów Urzędu, których powołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu (art. 155).

Art. 222 [Termin powołania Rady Zamówień Publicznych]

W terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy Prezes Rady Ministrów powoła Radę, o której mowa w art. 157 ust. 1.

Prezes Rady Ministrów obowiązany był powołać członków Rady Zamówień Publicznych do dnia 2 września 2004 r. Rada ta została powołana w dniu 15 lipca 2004 r.

Art. 223 [Termin utraty mocy listy arbitrów prowadzonej przez Prezesa UZP]

- 1. Przez okres 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy odwołania rozpoznają arbitrzy wpisani na listę arbitrów prowadzoną przez Prezesa Urzędu przed dniem wejścia w życie ustawy.**
- 2. Lista arbitrów, o której mowa w ust. 1, traci moc po upływie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy.**

Arbitrzy wpisani na dotychczasową listę arbitrów, prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przed dniem wejścia w życie ustawy mogli orzekać przez okres 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, tj. do dnia 2 września 2004 r. Z tym dniem obowiązująca przed dniem wejścia w życie Pzp lista arbitrów utraciła moc. Arbitrzy wpisani na dotychczasową listę, a nie wpisani na nową listę po tym dniu nie mogą orzekać, a wydany wyrok z ich udziałem trzeba by uznać za nieważny.

¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu przeprowadzania konkursu na kandydatów na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, sposobu powoływania komisji konkursowej oraz wymagań wobec jej członków (Dz. U. Nr 56, poz. 546).

Art. 224 [Pierwsza kadencja arbitrów]

Prezes Urzędu wpisuje na listę arbitrów na pierwszą kadencję osoby, o których mowa w art. 173 ust. 2, z tym że kadencja osób, które zdały egzamin z liczbą punktów niższą od połowy limitu osób, które zostaną wpisane na listę arbitrów, trwa 3 lata.

Prezes Urzędu wpisuje na listę arbitrów osoby spełniające warunki, wymienione w art. 173 ust. 1, które z najlepszymi wynikami zdały egzamin ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień przed komisją egzaminacyjną powołaną przez Prezesa Urzędu. Wpis na listę arbitrów następuje w drodze decyzji administracyjnej. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 173 ust. 5 kadencja arbitra trwa 6 lat, licząc od daty wpisu na listę. Komentowany przepis stanowi wyjątek od tej zasady, statuując kadencję trzyletnią dla osób, które złożą egzamin z niższą liczbą punktów. Krótsza kadencja będzie dotyczyła tych osób, które złożą egzamin z liczbą punktów niższą od liczby punktów uzyskanej przez osobę zajmującą środkową pozycję w rankingu egzaminacyjnym (patrz komentarz do art. 173).

Art. 225 [Utrata mocy uzp]

Traci moc ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591).

Konsekwencją wejścia w życie ustawy Prawo zamówień publicznych jest utrata mocy ustawy o zamówieniach publicznych. Patrz jednak art. 220 i 226.

Art. 226 [Ważność aktów wykonawczych]

Dotychczasowe przepisy wykonawcze wydane na podstawie art. 12, art. 14a ust. 6 pkt 1, art. 22 ust. 9, art. 25 ust. 3, art. 35 ust. 3 pkt 1, art. 86a ust. 2 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych zachowują moc do czasu wydania nowych przepisów wykonawczych na podstawie art. 11 ust. 6, art. 26 ust. 4, art. 33 ust. 3, art. 96 ust. 5, art. 152 ust. 4 i art. 193 ustawy, nie dłużej jednak niż przez 9 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy.

1. Przepis komentowanego artykułu przewiduje, że akty wykonawcze wydane na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych zachowują moc do czasu wydania nowych przepisów wykonawczych. Miał on zapobiec sytuacji, w której z jednej strony dotychczasowe przepisy utraciłyby moc, a z drugiej właściwe organy nie zdążyłyby wydać nowych aktów wykonawczych na podstawie Pzp. Ustawodawca ograniczył jednak czas obowiązywania dotychczasowych aktów wykonawczych do 9 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, tj. do 2 grudnia 2004 r.

2. Akty wykonawcze wydane na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych utraciły moc obowiązującą z uwagi na wydanie nowych aktów wykonawczych na podstawie przepisów Pzp. Na podstawie art. 11 ust. 6 zostało wydane rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2004 r. w sprawie wzorów ogłoszeń przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich¹. Na podstawie art. 26 ust. 4 Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy². Minister Infrastruktury na podstawie art. 33 ust. 3 wydał rozporządzenie w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym³. Zgodnie z art. 96 ust. 5 Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁴. Wydane zostały ponadto: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów (na podstawie art. 193 pkt 2)⁵, rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym (na podstawie art. 193 pkt 3), rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (na podstawie art. 193 pkt 1)⁶.

Art. 227 [*Vacatio legis*]

Ustawa wchodzi w życie po upływie 21 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem:

- 1) art. 13 w zakresie dotyczącym przekazywania wstępnego ogłoszenia informacyjnego Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;**
- 2) art. 30 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 31 ust. 4, art. 34 ust. 1 pkt 1, art. 40 ust. 3, art. 43 ust. 3 i ust. 4 pkt 2, art. 49 ust. 3;**
- 3) art. 49 ust. 4 w zakresie dotyczącym przekazywania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;**
- 4) art. 52 ust. 3 pkt 2, art. 62 ust. 3, art. 90 ust. 4, art. 92 w zakresie dotyczącym zawiadamiania o wyborze oferty Prezesa Urzędu, art. 95 ust. 2, art. 104 ust. 3, art. 108 pkt 2, art. 116 ust. 2, art. 118 ust. 4;**
- 5) art. 128 w zakresie dotyczącym przekazywania okresowego ogłoszenia informacyjnego Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;**

¹ Dz. U. z 2004 r., Nr 48, poz. 460.

² Dz. U. z 2004 r., Nr 71, poz. 645.

³ Dz. U. z 2004 r., Nr 30, poz. 1389.

⁴ Dz. U. z 21 kwietnia 2004 r., Nr 71, poz. 646.

⁵ Dz. U. z 25 marca 2004 r., Nr 48, poz. 461.

⁶ Dz. U. z 7 kwietnia 2004 r., Nr 56, poz. 547.

- 6) art. 132 ust. 1 pkt 2 i ust. 2, art. 133, art. 134, art. 135;
 - 7) art. 146 ust. 1 pkt 1 w zakresie dotyczącym niedopełnienia obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
 - 8) art. 154 pkt 16 w zakresie przedstawiania Komisji Europejskiej rocznego sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień;
 - 9) art. 167, art. 168, art. 169, art. 177, art. 178
- które wchodzi w życie z dniem 1 maja 2004 r.

Ustawa przewidywała krótki, bo zaledwie 21 dniowy okres *vacatio legis*. Dłuższy czas objął przepisy związane z uzyskaniem przez Polskę w dniu 1 maja 2004 r. członkostwa w Unii Europejskiej. Dotyczą one przede wszystkim zamówień mających wymiar wspólnotowy, m.in. obowiązków stosowania europejskich norm zharmonizowanych, Wspólnego Słownika Zamówień, ogłoszeń w UOPWE.

Ustawa

z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych

Tekst ujednoczony przez Urząd Zamówień Publicznych

Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177, Nr 96, poz. 959,
Nr 116, poz. 1207 i Nr 145, poz. 1537