Załącznik
do Uchwały Nr 95 / 07
Zarządu Powiatu Pabianickiego
z dnia 4 czerwca 2007 roku

WYTYCZNE
w sprawie stosowania procedur przewidzianych ustawą - Prawo zamówień publicznych w Starostwie Powiatowym w Pabianicach

I. WSTĘP

1. Ilekroć w niniejszych wytycznych mowa jest o:

a/ **ustawie** - należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[1],
b/ **Pzp -** należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych,
c/ **Prezesie Urzędu** - należy przez to rozumieć Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
d/ **Urzędzie** - należy przez to rozumieć Urząd Zamówień Publicznych,
e/ **Zarządzie Powiatu** - należy przez to rozumieć Zarząd Powiatu Pabianickiego,
f/ **Staroście** - należy przez to rozumieć Starostę Pabianickiego lub Wicestarostę Pabianickiego,
g/ **Pełnomocniku** – należy przez to rozumieć Pełnomocnika Zarządu Powiatu Pabianickiego do Spraw Zamówień Publicznych,
h/ **Starostwie** - należy przez to rozumieć Starostwo Powiatowe w Pabianicach,
i/ **Komisji Przetargowej** - należy rozumieć stałą Komisję Przetargową powołaną odrębną uchwałą Zarządu Powiatu Pabianickiego,
j/ **naczelniku wydziału i wydziale** - należy przez to rozumieć naczelnika wydziału i wydział merytorycznie właściwy do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - prowadzący postępowanie w zakresie merytorycznej właściwości wydziału stosownie do przedmiotu dostaw, usług lub robót budowlanych,
k/ **zamawiającym** – należy przez to rozumieć odpowiednio do zakresu obowiązków i uprawnień określonych odpowiednimi uchwałami Zarządu Powiatu Pabianickiego – Pełnomocnika, Komisję Przetargową i naczelnika wydziału i wydział,
l/ **progach unijnych** -rozumie się przez to kwoty równe lub przekraczające odpowiednio:
- 211 000 euro – dla dostaw i usług,
- 5.278 000 euro – dla robót budowlanych

dla zamówień udzielanych przez Zarząd Powiatu Pabianickiego,
m/ **UOPWE –** skrót ten oznacza Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,
n/ **UZP –** skrót ten oznacza Urząd Zamówień Publicznych,
o/ **SIWZ –** skrót ten oznacza specyfikację istotnych warunków zamówienia.

2. Tryby udzielania zamówień publicznych

Podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony (**art. 10 ust. 1 ustawy).** Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie:
- negocjacji z ogłoszeniem
- dialog konkurencyjny
- negocjacji bez ogłoszenia

[1] Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.

- zamówienia z wolnej ręki
- zapytania o cenę
- licytacji elektronicznej

tylko w przypadkach określonych w ustawie (**art. 10 ust. 2 ustaw**y).
Składając wniosek o udzielenie zamówienia w trybach, innych niż podstawowy, merytoryczny wydział winien przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne.

II.PLANOWANE I PRZYGOTOWANIE ZAMÓWIENIA – ZADANIA WYDZIAŁU MERYTORYCZNEGO

Naczelnik merytorycznego wydziału lub upoważniony przez niego pracownik, przygotowuje materiały niezbędne do przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przekazania tych materiałów do Komisji Przetargowej.
Do zadań merytorycznego wydziału należy w szczególności:

1. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i przygotowanie odpowiednich dokumentów zgodnie z wymogami ustawowymi.
2. Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia zgodnie z wymogami ustawowymi.
3. Sporządzenie „Karty wydatków" i uzyskanie akceptacji upoważnionych osób.
4. Sporządzenie wniosku do Komisji Przetargowej, zawierającego w szczególności:
   - określenie przedmiotu zamówienia,
   - propozycję trybu udzielenia zamówienia z jednoczesnym określeniem czy po dokonaniu ocen w celu wyboru najkorzystniejszej oferty należy przeprowadzić aukcję elektroniczną,
   - propozycję ustanowienia dynamicznego systemu zakupów,
   - propozycję zawarcia umowy ramowej po przeprowadzeniu postępowania,
   - określenie źródła lub źródeł finansowania zamówienia,
   - ustalenie wykazu warunków udziału w postępowaniu,
   - ustalenie wykazu dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu,
   - ustalenie kryteriów oceny ofert,
   - ustalenie warunków zabezpieczenia zamówienia,
   - ustalenie terminu realizacji zamówienia

Wszystkie te informacje merytoryczny wydział zamieszcza we **„Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1 .**
Do przedmiotowego wniosku merytoryczny wydział załącza niezbędne dokumenty wymienione zarówno w druku wniosku, jak i niniejszych wytycznych.
Kompletny wniosek naczelnika właściwej komórki organizacyjnej Starostwa Powiatowego w Pabianicach powinien być złożony do Sekretarza Komisji Przetargowej zgodnie z terminami określonymi w „Rocznym Planie Zamówień Publicznych" z zachowaniem następujących zasad i terminów.

1. Zamówienia o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne.

a) Jeżeli w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamówienie ma być udzielone, wykonane przez wykonawcę i zapłacone przez zamawiającego ze środków finansowych będących w planie finansowym lub planie funduszu danego roku budżetowego, wniosek merytorycznej komórki organizacyjnej do Komisji Przetargowej powinien być złożony nie później niż do dnia 31 października danego roku budżetowego, z jednoczesnym zachowaniem postanowień zawartych pod lit. c).

b) Jeżeli w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamówienie ma być udzielone i wykonywane przez wykonawcę od dnia 1 stycznia kolejnego roku budżetowego, wniosek merytorycznej komórki organizacyjnej do Komisji Przetargowej powinien być złożony nie później niż do dnia 15 listopada danego roku budżetowego, z jednoczesnym zachowaniem postanowień zawartych pod lit c). W przypadku zadań inwestycyjnych finansowanych z wydatków majątkowych, które nie są zamieszczone w Wieloletnim Planie Inwestycyjnym lub zadań remontowych finansowanych w ramach wydatków bieżących, naczelnik merytorycznie właściwej komórki organizacyjnej Starostwa Powiatowego w Pabianicach obowiązany jest, przez złożeniem wniosku, uzyskać decyzję Zarządu Powiatu Pabianickiego w

sprawie realizacji danego zadania inwestycyjnego lub remontowego oraz wysokość środków finansowych, jakie zostaną zabezpieczone w projekcie budżetu kolejnego roku budżetowego. Do wniosku należy wówczas załączyć wyciąg z protokołu z posiedzenia Zarządu Powiatu.

c) Wniosek merytorycznej komórki organizacyjnej do Komisji Przetargowej powinien być być złożony nie później niż na 60 dni przez planowanym terminem rozpoczęcia przez wykonawcę realizacji zamówienia będącego przedmiotem danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

d) Jeżeli wniosek merytorycznej komórki organizacyjnej wpłynął do Komisji Przetargowej z niezachowaniem terminów określonych pod lit. a) – c), Przewodniczący Komisji w dniu wpłynięcia wniosku zawiadamia na piśmie Pełnomocnika, który wszczyna postępowanie dyscyplinarne w stosunku do kierownika tej merytorycznej komórki organizacyjnej i podejmuje decyzję o przygotowywaniu i wszczęciu postępowania lub o odmowie przygotowania i wszczęcia postępowania.

2. Zamówienia o wartości szacunkowej równej lub większej niż progi unijne

a) Jeżeli w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamówienie ma być udzielone, wykonane przez wykonawcę i zapłacone przez Zamawiającego ze środków finansowych będących w planie finansowym lub planie funduszu danego roku budżetowego, wniosek merytorycznej komórki organizacyjnej do Komisji Przetargowej powinien być złożony nie później niż do dnia 15 października danego roku budżetowego, z jednoczesnym zachowaniem postanowień zawartych pod lit. c).

b) Jeżeli w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamówienie ma być udzielone i wykonywane przez wykonawcę od dnia 1 stycznia kolejnego roku budżetowego, wniosek merytorycznej komórki organizacyjnej do Komisji Przetargowej powinien być złożony nie później niż do dnia 30 października danego roku budżetowego, z jednoczesnym zachowaniem postanowień zawartych pod lit c). W przypadku zadań inwestycyjnych finansowanych z wydatków majątkowych, które nie są zamieszczone w Wieloletnim Planie Inwestycyjnym lub zadań remontowych finansowanych w ramach wydatków bieżących, naczelnik merytorycznie właściwej komórki organizacyjnej Starostwa Powiatowego w Pabianicach obowiązany jest, przez złożeniem wniosku, uzyskać decyzję Zarządu Powiatu Pabianickiego w sprawie realizacji danego zadania inwestycyjnego lub remontowego oraz wysokość środków finansowych, jakie zostaną zabezpieczone w projekcie budżetu kolejnego roku budżetowego. Do wniosku należy wówczas załączyć wyciąg z protokołu z posiedzenia Zarządu Powiatu.

c) Wniosek merytorycznej komórki organizacyjnej do Komisji Przetargowej powinien być złożony nie później niż na 60 dni przez planowanym terminem rozpoczęcia przez wykonawcę realizacji zamówienia będącego przedmiotem danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

d) Jeżeli wniosek merytorycznej komórki organizacyjnej wpłynął do Komisji Przetargowej z niezachowaniem terminów określonych pod lit. a) – c), Przewodniczący Komisji w dniu wpłynięcia wniosku zawiadamia na piśmie Pełnomocnika, który wszczyna postępowanie dyscyplinarne w stosunku do kierownika tej merytorycznej komórki organizacyjnej i podejmuje decyzję o przygotowywaniu i wszczęciu postępowania lub o odmowie przygotowania i wszczęcia postępowania".

Sekretarz Komisji Przetargowej na druku wniosku odnotowuje datę jego wpływu. Sekretarz Komisji Przetargowej odmawia przyjęcia wniosku niekompletnego (np. brak niektórych załączników lub brak podpisów lub niektórych podpisów na załącznikach). Na okoliczność

odmowy przyjęcia wniosku Sekretarz Komisji Przetargowej sporządza niezwłocznie „Notatkę służbową” w 3 egzemplarzach z czego po jednym egzemplarzu przekazuje Pełnomocnikowi i naczelnikowi właściwej merytorycznie komórki organizacyjnej Starostwa Powiatowego w Pabianicach. Odmowa przyjęcia wniosku jest równoznaczna z brakiem jakichkolwiek dalszych działań Komisji Przetargowej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku rozbieżności stanowisk Sekretarza Komisji Przetargowej i naczelnika właściwej komórki organizacyjnej Starostwa Powiatowego w Pabianicach w sprawie przyjęcia wniosku o rozpoczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i innych spraw spornych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, rozstrzyga Pełnomocnik po wysłuchaniu opinii Komisji Przetargowej oraz naczelnika właściwie merytorycznej komórki organizacyjnej Starostwa Powiatowego w Pabianicach. Decyzja Pełnomocnika jest ostateczna.

1 . OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Opis przedmiotu zamówienia jest zarówno obowiązkiem, jak i uprawnieniem zamawiającego. Na zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. W Starostwie Powiatowym w Pabianicach obowiązek właściwego opisu przedmiotu zamówienia ciąży na właściwym merytorycznie wydziale.
Sprawy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca uregulował w art. 29 – 31ustawy.
Merytoryczny wydział opis przedmiotu zamówienia sporządza we **„ Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową”** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1. W przypadku zamówień na roboty budowlane merytoryczny wydział załącza:**

- **przedmiar robót,**
- **kosztorys inwestorski,**
- **dokumentację projektową lub**
- **program funkcjonalno – użytkowy.**
- **specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych lub**

1.1. Zasady ogólne sporządzania opisu przedmiotu zamówienia

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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i można opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Pojęcie równoważności wg dyrektyw należy interpretować jako „równoważność rozwiązań”. Inaczej mówiąc, oceny, czy oferta jest równoważna czy też nie należy dokonywać w stosunku do wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia określonych przez właściwie merytoryczny wydział w opisie przedmiotu zamówienia. Ustawodawca natomiast nie zawarł w przepisach żadnych wytycznych odnośnie sposobów weryfikowania (przez zamawiającego) i jednocześnie dowodzenia (przez wykonawców) tej równoważności. Wskazówkę w tej kwestii znajdujemy bezpośrednio w dyrektywach, które nakazują umożliwienie wykonawcom dowodzenie równoważności w jakikolwiek sposób.
W **art. 30 ustawy** ustawodawca przewiduje możliwość sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie. W przypadku braku wyżej wymienionych norm przedmiot zamówienia opisuje się z uwzględnieniem w kolejności:

- europejskich aprobat technicznych,
- wspólnych specyfikacji technicznych,
- norm międzynarodowych,
- innych technicznych systemów odniesienia ustanowionych przez europejskie organa normalizacyjne.

Natomiast w braku Polskich norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, uwzględnia się w kolejności:
- Polskie Normy,
- polskie aprobaty techniczne,
- polskie specyfikacje techniczne.

1.2. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane

Stosownie do postanowień **art. 31 ustawy** merytorycznie właściwy wydział opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.
Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane, merytorycznie właściwy wydział opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego, który obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.
Ustawodawca **w ustawie** nie precyzuje pojęcia dokumentacja projektowa. W **art. 31 ust. 4 ustawy** upoważnił właściwego ministra do określenia, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę dokumentacji projektowej.
Na podstawie tego upoważnienia Minister Infrastruktury w dniu 2 września 2004 r. wydał rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego[2] (dalej: rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.). Zgodnie z § 4 tego rozporządzenia dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych składa się w zależności od tego czy wykonanie robót budowlanych wymaga uzyskania pozwolenia na budowę i dla robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę.
Stosownie do postanowień § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r., dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, **dla których wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę**, składa się **w szczególności z:**

1) **projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót,**
2) **projektów wykonawczych,**
3) **przedmiaru robót,**
4) **informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.**

A zatem do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymagające pozwolenia na budowę merytoryczny wydział musi bezwzględnie posiadać te dokumenty oraz **specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 31 ust. 1 ustawy**).
Merytoryczny wydział przygotowując postępowanie, winien zwrócić uwagę na fakt, że jest to katalog otwarty, czyli jest to minimum dokumentów obowiązkowych składających się na dokumentację projektową. Ustawodawca nie przewidział, żadnych odstępstw ze względu na specyfikę robót

[2] Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.

budowlanych. Brak jednego z elementów (np. projektu wykonawczego) jest naruszeniem zasad zamówień publicznych skutkującym unieważnieniem postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pakt 7 ustawy.**

Natomiast jeśli chodzi dokumentację projektową, służącą do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych**, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę,** składa się **w szczególności z:**

1) **planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania,**
2) **przedmiaru robót,**
3) **projektów, pozwoleń i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.**

Podobnie jak w poprzednim przypadku jest to katalog otwarty i jest to minimalny składnik dokumentacji projektowej jaką musi posiadać merytoryczny wydział do opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust.1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane[3] , (dalej: Prawo budowlane) **pozwolenia na budowę nie wymaga budowa:**

1) obiektów gospodarczych związanych z produkcją rolną i uzupełniających zabudowę zagrodową w ramach istniejącej działki siedliskowej:

a) parterowych budynków gospodarczych o powierzchni zabudowy do 35 m^2, przy rozpiętości konstrukcji nie większej niż 4,80 m,

b) płyt do składowania obornika,

c) szczelnych zbiorników na gnojówkę lub gnojowicę o pojemności do 25 m^3,

d) naziemnych silosów na materiały sypkie o pojemności do 30 m^3 i wysokości nie większej niż 4,50 m,

e) suszarni kontenerowych o powierzchni zabudowy do 21 m^2;

2) wolno stojących parterowych budynków gospodarczych, wiat i altan oraz przydomowych oranżerii (ogrodów zimowych) o powierzchni zabudowy do 25 m^2, przy czym łączna liczba tych obiektów na działce nie może przekraczać dwóch na każde 500 m^2 powierzchni działki;

3) indywidualnych przydomowych oczyszczalni ścieków o wydajności do 7,50 m^3 na dobę;

4) altan i obiektów gospodarczych na działkach w rodzinnych ogrodach działkowych o powierzchni zabudowy do 25 m^2 w miastach i do 35 m^2 poza granicami miast oraz wysokości do 5 m przy dachach stromych i do 4 m przy dachach płaskich;

5) wiat przystankowych i peronowych;

6) budynków gospodarczych o powierzchni zabudowy do 20 m^2, służących jako zaplecze do bieżącego utrzymania linii kolejowych, położonych na terenach stanowiących własność Skarbu Państwa i będących we władaniu zarządu kolei;

7) wolno stojących kabin telefonicznych, szaf i słupków telekomunikacyjnych;

8) parkometrów z własnym zasilaniem;

9) boisk szkolnych oraz boisk, kortów tenisowych, bieżni służących do rekreacji;

10) miejsc postojowych dla samochodów osobowych do 10 stanowisk włącznie;

11) zatok parkingowych na drogach wojewódzkich, powiatowych i gminnych;

12) tymczasowych obiektów budowlanych, niepołączonych trwale z gruntem i przewidzianych do rozbiórki lub przeniesienia w inne miejsce w terminie określonym w zgłoszeniu, o którym mowa w art. 30 ust. 1, ale nie później niż przed upływem 120 dni od dnia rozpoczęcia budowy określonego w zgłoszeniu; zwolnienie to nie dotyczy obiektów, które mogą znacząco oddziaływać na środowisko w rozumieniu przepisów o ochronie środowiska;

[3] Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.

13)gospodarczych obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy do 35 m^2, przy rozpiętości konstrukcji nie większej niż 4,80 m, przeznaczonych wyłącznie na cele gospodarki leśnej i położonych na gruntach leśnych Skarbu Państwa;
14) obiektów budowlanych piętrzących wodę i upustowych o wysokości piętrzenia poniżej 1 m poza rzekami żeglownymi oraz poza obszarem parków narodowych, rezerwatów przyrody i parków krajobrazowych oraz ich otulin;
15) przydomowych basenów i oczek wodnych o powierzchni do 30 m^2;
16) pomostów o długości całkowitej do 25 m i wysokości, liczonej od korony pomostu do dna akwenu, do 2,50 m, służących do:
a) cumowania niewielkich jednostek pływających, jak łodzie, kajaki, jachty,
b) uprawiania wędkarstwa,
c) rekreacji;
17) opasek brzegowych oraz innych sztucznych, powierzchniowych lub liniowych umocnień brzegów rzek i potoków górskich oraz brzegu morskiego, brzegu morskich wód wewnętrznych, niestanowiących konstrukcji oporowych;
18) pochylni przeznaczonych dla osób niepełnosprawnych;
19) instalacji zbiornikowych na gaz płynny z pojedynczym zbiornikiem o pojemności do 7 m^3, przeznaczonych do zasilania instalacji gazowych w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych;
20) przyłączy: elektroenergetycznych, wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, cieplnych i telekomunikacyjnych;
21) urządzeń pomiarowych, wraz z ogrodzeniami i drogami wewnętrznymi, państwowej służby hydrologiczno-meteorologicznej i państwowej służby hydrogeologicznej:
a) posterunków: wodowskazowych, meteorologicznych, opadowych oraz wód podziemnych,
b) punktów: obserwacyjnych stanów wód podziemnych oraz monitoringu jakości wód podziemnych,
c) piezometrów obserwacyjnych i obudowanych źródeł;
22) obiektów małej architektury;
23) ogrodzeń;
24) obiektów przeznaczonych do czasowego użytkowania w trakcie realizacji robót budowlanych, położonych na terenie budowy, oraz ustawianie barakowozów używanych przy wykonywaniu robót budowlanych, badaniach geologicznych i pomiarach geodezyjnych;
25) tymczasowych obiektów budowlanych stanowiących wyłącznie eksponaty wystawowe, niepełniących jakichkolwiek funkcji użytkowych, usytuowanych na terenach przeznaczonych na ten cel;
26) znaków geodezyjnych, a także obiektów triangulacyjnych, poza obszarem parków narodowych i rezerwatów przyrody;
27) instalacji telekomunikacyjnych w obrębie budynków będących w użytkowaniu.
Natomiast zgodnie z art. 29 ust. 2. Pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na:
1) remoncie istniejących obiektów budowlanych i urządzeń budowlanych, z wyjątkiem obiektów wpisanych do rejestru zabytków;
2) docieplenie budynków o wysokości do 12 m;
3) utwardzeniu powierzchni gruntu na działkach budowlanych;
4) instalowaniu tablic i urządzeń reklamowych, z wyjątkiem usytuowanych na obiektach wpisanych do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz z wyjątkiem reklam świetlnych i podświetlanych usytuowanych poza obszarem zabudowanym w rozumieniu przepisów o ruchu drogowym;
5) wykonywaniu urządzeń melioracji wodnych szczegółowych, z wyjątkiem:
a) ziemnych stawów hodowlanych,
b) urządzeń melioracji wodnych szczegółowych usytuowanych w granicach parków narodowych, rezerwatów przyrody i parków krajobrazowych oraz ich otulin;

6)wykonywaniu ujęć wód śródlądowych powierzchniowych o wydajności poniżej 50 m^3/h oraz obudowy ujęć wód podziemnych;
7) przebudowie sieci elektroenergetycznych, wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, cieplnych i telekomunikacyjnych;
8) przebudowie dróg, torów i urządzeń kolejowych;
9)wykonywaniu podczyszczeniowych robót czerpalnych polegających na usunięciu spłyceń dna, powstałych w czasie użytkowania basenów i kanałów portowych oraz torów wodnych, w stosunku do głębokości technicznych (eksploatacyjnych) i nachyleń skarp podwodnych akwenu;
10) instalowaniu krat na obiektach budowlanych;
11) instalowaniu urządzeń na obiektach budowlanych;
12) montażu wolno stojących kolektorów słonecznych.
Natomiast stosownie do postanowień art. 30 ust.1 Prawa budowlanego, zgłoszeniu właściwemu organowi wymaga:
1) budowa, o której mowa w art. 29 ust.1 pkt 1- 3, pkt 5 -19 i pkt 21;
2) budowa, o której mowa w art. 29 ust.1 pkt 20, z tym że budowa przyłączy wymaga sporządzenia planu sytuacyjnego na kopii aktualnej mapy zasadniczej lub mapy jednostkowej przyjętej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego;
3) wykonywanie robót budowlanych, o których mowa w art. 29 ust.2 pkt 1 – 9.

Merytoryczny wydział samodzielnie opracowując poszczególne składniki składające się na dokumentację projektową lub dokonując jej zlecenia wyspecjalizowanym firmom, musi pamiętać przy jej sporządzaniu samodzielnie lub określić w zamówieniu, że jej poszczególne składniki muszą spełniać wymogi określone w przepisach cytowanego wyżej rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. oraz że w projekcie budowlanym i w projektach wykonawczych należy określać rodzaje materiałów , urządzeń i instalacji z zachowaniem postanowień **art. 29 ustawy.**

1.2.1. Program funkcjonalno - użytkowy

Zgodnie z **art. 31 ust. 2 ustawy**, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje ten przedmiot za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.
Ustawa w art. 31 ust. 3 zawiera jedynie wytyczną dla określenia zakresu programu funkcjonalno-użytkowego, zgodnie z którą program funkcjonalno-użytkowy winien obejmować opis zadania budowlanego, w którym podać należy przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.
Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. program funkcjonalno-użytkowy to opracowanie zawierające dane potrzebne do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.
Ustalony rozporządzeniem zakres programu funkcjonalno-użytkowego stanie się również bardzo pożyteczny dla zamawiających samą dokumentację projektową (bez wykonania przez tego samego wykonawcę robót budowlanych). Z braku określenia przepisami prawa zawartości opisu przedmiotu zamówienia przy zamawianiu prac projektowych obserwuje się dzisiaj bardzo duże, często nawet kilkunastokrotne, różnice cenowe między najtańszą a najdroższą ofertą. Różnice te wynikają najprawdopodobniej z braku wielu podstawowych informacji o zamierzeniu inwestycyjnym, a co za tym idzie różnej ocenie przez potencjalnych wykonawców niezbędnych do wykonania prac projektowych. Wydaje się również, że brak regulacji w tym zakresie jest powodem uzyskiwania przez zamawiających dokumentacji projektowej, która w trakcie realizacji robót musi być wielokrotnie poprawiana, co z kolei skutkuje roszczeniami wykonawcy robót o zwiększenie ceny umownej realizacji inwestycji.
Program funkcjonalno-użytkowy pełni szereg funkcji. Obok opisania przedmiotu zamówienia , stanowi podstawę obliczenia wartości zamówienia w oparciu o planowane koszty robót budowlanych i

planowane koszty prac projektowych, przygotowania oferty wykonawcy oraz zawarcia umowy o wykonanie dokumentacji projektowej i wykonania robót budowlanych.
Mając program funkcjonalno - użytkowy zamawiający musi określić wartość zamówienia. Dane wynikające z tego dokumentu są na wysokim stopniu uogólnienia, w związku z czym planowane koszty robot budowlanych, zgodnie z rozporządzeniem 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[4] (dalej: rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r.) należy określić metodą wskaźnikową , jako sumę iloczynów ilości jednostek odniesienia i wskaźnika cenowego. Jednostki odniesienia określa się na podstawie programu, natomiast wskaźniki cenowe na podstawie danych rynkowych lub w przypadku braku takich danych na podstawie powszechnie stosowanych katalogów i cenników.

1.2.2. Przedmiar robót[5]

Zgodnie z § 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. 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 budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.
Opracowanie przedmiaru robót składa się z:
1) karty tytułowej;
2) spisu działów przedmiaru robót;
3) tabeli przedmiaru robót.
Karta tytułowa przedmiaru robót zawiera następujące informacje:
1) nazwę nadaną zamówieniu przez zamawiającego;
2) w zależności od zakresu robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia nazwy i kody :
a) grup robót,
b) klas robót,
c) kategorii robót;
3) adres obiektu budowlanego;
4) nazwę i adres zamawiającego;
5) datę opracowania przedmiaru robót.
Spis działów przedmiaru robót powinien przedstawiać podział wszystkich robót budowlanych w danym obiekcie na grupy robót według Wspólnego Słownika Zamówień.
Dalszy podział przedmiaru robót należy opracować według systematyki ustalonej indywidualnie lub na podstawie systematyki stosowanej w publikacjach zawierających kosztorysowe normy nakładów rzeczowych.
W przypadku robót budowlanych dotyczących wielu obiektów, spisem działów należy objąć dodatkowo podział całej inwestycji na obiekty budowlane. Grupa robót dotycząca przygotowania terenu powinna stanowić odrębny dział przedmiaru dla wszystkich obiektów.
Tabele przedmiaru robót powinny zawierać pozycje przedmiarowe odpowiadające robotom podstawowym.
W tabelach przedmiaru robót nie uwzględnia się robót tymczasowych - robót, które są projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych, z wyłączeniem przypadków, gdy istnieją uzasadnione podstawy do ich odrębnego rozliczania.

---

[4] Dz.U. Nr 130, poz.1389
[5] Szerzej na ten temat: Klimek Karol, *Od tego trzeba zacząć* „Przetargi Publiczne" Nr 11 (12) 2006, s.36 – 42.

Dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać następujące informacje:
1) numer pozycji przedmiaru;
2) kod pozycji przedmiaru, określony zgodnie z ustaloną indywidualnie systematyką robót lub na podstawie wskazanych publikacji zawierających kosztorysowe normy nakładów rzeczowych;
3) numer specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, zawierającej wymagania dla danej pozycji przedmiaru;
4) nazwę i opis pozycji przedmiaru oraz obliczenia ilości jednostek miary dla pozycji przedmiarowej;
5) jednostkę miary, której dotyczy pozycja przedmiaru;
6) ilość jednostek miary pozycji przedmiaru.

Ilości jednostek miary podane w przedmiarze powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej, wyłącznie w sposób zgodny z zasadami podanymi w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

1.2.3. Projekty wykonawcze

Zgodnie z postanowieniami § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych.

Projekty wykonawcze zawierają rysunki w skali uwzględniającej specyfikę zamawianych robót i zastosowanych skal rysunków w projekcie budowlanym wraz z wyjaśnieniami opisowymi, które dotyczą:
1) części obiektu;
2) rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i materiałowych;
3) detali architektonicznych oraz urządzeń budowlanych;
4) instalacji i wyposażenia technicznego - których odzwierciedlenie na rysunkach projektu budowlanego nie jest wystarczające dla potrzeb, o których mowa w ust. 1.

Projekty wykonawcze, w zależności od zakresu i rodzaju robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, dotyczą:
1) przygotowania terenu pod budowę;
2) robót budowlanych w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz robót w zakresie inżynierii lądowej i wodnej włącznie z robotami wykończeniowymi w zakresie obiektów budowlanych;
3) robót w zakresie instalacji budowlanych;
4) robót związanych z zagospodarowaniem terenu.

Wymagania dotyczące formy projektów wykonawczych przyjmuje się odpowiednio jak dla projektu budowlanego.

1.2.4. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, w zależności od stopnia skomplikowania robót budowlanych, składają się ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót podstawowych, rodzajów robót według przyjętej systematyki lub grup robót.

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dla budowy w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane, należy opracować z uwzględnieniem podziału szczegółowego według Wspólnego Słownika Zamówień określając w nich co najmniej :
1) roboty budowlane w zakresie przygotowania terenu pod budowę;

2) roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej;
3) roboty w zakresie instalacji budowlanych;
4) roboty wykończeniowe w zakresie obiektów budowlanych.

Wspólne wymagania dotyczące robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia mogą być ujęte w ogólnej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Układ grup robót stosuje się odpowiednio do robót budowlanych polegających na remoncie obiektu budowlanego.

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych zawierają co najmniej:

1) część ogólną, która powinna obejmować:
   a) nazwę nadaną zamówieniu przez zamawiającego,
   b) przedmiot i zakres robót budowlanych,
   c) wyszczególnienie i opis prac towarzyszących i robót tymczasowych,
   d) informacje o terenie budowy zawierające wszystkie niezbędne dane istotne z punktu widzenia:
      - organizacji robót budowlanych,
      - zabezpieczenia interesów osób trzecich,
      - ochrony środowiska,
      - warunków bezpieczeństwa pracy,
      - zaplecza dla potrzeb wykonawcy,
      - warunków dotyczących organizacji ruchu,
      - ogrodzenia,
      - zabezpieczenia chodników i jezdni,
   e) w zależności od zakresu robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia nazwy i kody :
      - grup robót,
      - klas robót,
      - kategorii robót,
   f) określenia podstawowe, zawierające definicje pojęć i określeń nigdzie wcześniej nie zdefiniowanych, a wymagających zdefiniowania w celu jednoznacznego rozumienia zapisów dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych;
2) wymagania dotyczące właściwości wyrobów budowlanych oraz niezbędne wymagania związane z ich przechowywaniem, transportem, warunkami dostawy, składowaniem i kontrolą jakości – poszczególne wymagania odnosi się do postanowień norm;
3) wymagania dotyczące sprzętu i maszyn niezbędnych lub zalecanych do wykonania robót budowlanych zgodnie z założoną jakością;
4) wymagania dotyczące środków transportu;
5) wymagania dotyczące wykonania robót budowlanych z podaniem sposobu wykończenia poszczególnych elementów, tolerancji wymiarowych, szczegółów technologicznych oraz niezbędne informacje dotycząc odcinków robót budowlanych , przerw i ograniczeń a także wymagania specjalne;
6) opis działań związanych z kontrolą, badaniami oraz odbiorem wyrobów i robót budowlanych w nawiązaniu do dokumentów odniesienia;
7) wymagania dotyczące przedmiaru i obmiaru robót;
8) opis sposobu odbioru robót budowlanych;
9) opis sposobu rozliczenia robót tymczasowych i prac towarzyszących;
10) dokumenty odniesienia - dokumenty będące podstawą do wykonania robót budowlanych, w tym wszystkie elementy dokumentacji projektowej, normy, aprobaty techniczne oraz inne dokumenty i ustalenia techniczne.

Prace towarzyszące są to prace niezbędne do wykonania robót podstawowych nie zaliczane do robót tymczasowych, w tym geodezyjne wytyczanie i inwentaryzacja powykonawcza.

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych mają do odegrania jeszcze jedną rolę – winny stanowić dla zamawiającego podstawę określenia warunków, jakie winien spełniać

potencjalny wykonawca w zakresie doświadczenia i potencjału technicznego. Ich postanowienia, w szczególności zasady: obmiaru robót, odbiorów robót lub ich elementów i sposobu rozliczania winny być zgodne z postanowieniami umowy regulującymi te kwestie.

1.3. Oferty wariantowe

Definicja oferty wariantowej jest zawarta w przepisie **art. 2 pkt 7 ustawy – „oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego".** I tylko w takim znaczeniu należy rozumieć pojęcie „oferta wariantowa". Oznacza to, że niedopuszczalne jest przyjmowanie powszechnego rozumienia pojęcia wariantowości. A więc wykonawca, w przypadku dopuszczenia możliwości złożenia oferty wariantowej nie ma prawa zaproponować dwóch lub więcej warunków wykonania zamówienia (np. „za cenę X w terminie Y **lub** za cenę Z w terminie W"). Jak wynika z przytoczonej definicji oferta wariantowa musi spełniać minimalne warunki określone przez zmawiającego, które mają gwarantować porównywalność ofert. Chodzi o to, by rozwiązanie wariantowe było równoważne rozwiązaniu podstawowemu. Oceniając równoważność ofert wariantowych należy brać pod uwagę kryteria ekonomiczne, techniczne, organizacyjne lub funkcjonalne[6]. W szczególności oferta wariantowa to oferta: przewidująca użycie odmiennych ale co najmniej równoważnych materiałów (np. stal zamiast betonu), zastosowanie innej technologii (np. układ kierowania hydraulicznego zamiast elektrycznego), dodatkowe wyposażenie lub roboty zwiększające zakres zamówienia itp. Oferty wariantowej nie należy mylić z ofertą alternatywną. Ta ostatnia oparta jest na instytucji zobowiązań przemiennych i polega na przyznaniu zamawiającemu prawa wyboru pomiędzy dwoma różnymi świadczeniami lub sposobami spełnienia świadczenia. Możliwość składania ofert wariantowych pozwala optymalizować warunki zamówienia. Wariantowy sposób wykonania zamówienia zapewnia niejednokrotnie korzystniejszą relację ceny oferty do jej jakości. W przypadku ofert wariantowych chodzi najczęściej o jakościowo lepsze, często innowacyjne, ale zazwyczaj droższe rozwiązania. Aspekty te nie są brane pod uwagę, gdy cena jest jedynym kryterium oceny ofert. Zauważyć należy, iż zamawiający może dopuścić oferty wariantowe tylko wtedy gdy przewiduje inne obok ceny kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający chcąc dopuścić oferty wariantowe musi zawrzeć w SIWZ dwa elementy. Pierwszy to opis sposobu przedstawienia ofert wariantowych (**art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy**). Zamawiający powinien w tym miejscu żądać od wykonawców, by wyraźnie wskazali w ofercie rozwiązania wariantowe. Oferta wariantowa powinna zawierać wyczerpujący opis świadczenia, z uwzględnieniem każdego jego elementu niezbędnego do wykonania usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Jeżeli oferta wariantowa zmienia (zastępuje, uzupełnia, eliminuje, dodaje) pozycje opisu przedmiotu zamówienia, powinna wskazywać liczbę jednostek miary i ceny jednostkowe. Drugi element, który należy zamieścić w SIWZ to minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe (**art. 36 ust.2 pkt 4 ustawy).** Nakaz określenia minimalnych warunków zapewnia ochronę zasady równego traktowania i jawności postępowania oraz gwarantuje porównywalność ofert. Pojęcie „minimalnych warunków" w rozumieniu **art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy** nie zostało zdefiniowane w ustawie. Podając minimalne warunki, jakim powinny odpowiadać oferty wariantowe, zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania. Mogą one dotyczyć zarówno cech technicznych i jakościowych, jak i polegać na określeniu wymagań funkcjonalnych (tj. celów stawianych przedmiotowi zamówienia). W tym drugim przypadku dopuszczenie oferty wariantowej na ogół jest niczym innym, jak uzupełnieniem konwencjonalnego opisu przedmiotu zamówienia o element opisu funkcjonalnego. W tym miejscu konieczny jest komentarz. Przedmiot zamówienia można opisać na dwa różne sposoby: konwencjonalny i funkcjonalny. Konwencjonalny opis przedmiotu zamówienia polega na posłużeniu się przy opisie cechami technicznymi i jakościowymi oraz odniesieniu się do istniejących norm (**art. 30 ust. 1 – 5**

[6] Wicik Grzegorz *Oferta wariantowa,* „Prawo Zamówień Publicznych" Nr 1 (12) marzec 2007 , s.26

ustawy). Opisując przedmiot zamówienia w sposób konwencjonalny za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, zamawiający jest związany istniejącymi i stosowanymi standardami. Dlatego konwencjonalny opis przedmiotu zamówienia sprawdza się przy zamówieniach na zestandaryzowane, ogólnie dostępne w obrocie handlowym przedmioty, usługi lub roboty budowlane. Niekiedy potrzeby zamawiającego mogą być na tyle szczególne, że nabycie standardowego przedmiotu zamówienia, który wprawdzie odpowiada wymaganiom właściwych norm, ale nie posiada określonych cech, nie zapewnia realizacji celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Licząc się z takimi potrzebami **ustawa** dopuszcza możliwość odstąpienia od konwencjonalnego opisu przedmiotu zamówienia na rzecz opisu funkcjonalnego. Zapewnia on wybór niestandardowego rozwiązania, które w sposób optymalny spełni indywidualne potrzeby zamawiającego. Opis funkcjonalny polega na wskazaniu wymagań funkcjonalnych. Wymagania te muszą zapewniać dokładny opis przedmiotu zamówienia (**art. 30 ust. 6 ustawy**). Tak więc powinny być na tyle precyzyjne i jednoznaczne, aby wykonawcy mogli wyrobić sobie jasny pogląd na temat przedmiotu zamówienia, a także na tyle wyczerpujące, aby wynikały z nich wszystkie warunki i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty. Z opisu powinien wynikać zarówno cel zamówienia, jak i wymagań dotyczących aspektów technicznych, ekonomicznych, organizacyjnych i funkcjonalnych, tak by zagwarantowana była porównywalność ofert. Główna zaleta funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia polega na tym, że nie narzuca on wykonawcom określonych rozwiązań technicznych, lecz pozostawia im znaczną swobodę w kształtowaniu warunków oferty. Dzięki temu zamawiający może otrzymać i porównać różne rozwiązania, wreszcie wybrać to spośród nich, które w sposób optymalny, pod względem technicznym, ekonomicznym i funkcjonalnym, odpowiada jego potrzebom. **Cele funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia są więc generalnie podobne do celów, które powinny towarzyszyć decyzji o dopuszczeniu możliwości składania ofert wariantowych**. Ze względu na podobieństwo funkcji obu instytucji minimalne warunki, jaki powinny odpowiadać oferty wariantowe, powinny z reguły polegać na wskazaniu wymagań funkcjonalnych. Wymagania te muszą zapewniać dokładny opis przedmiotu zamówienia (**art. 30 ust.6 ustawy per analogiam**). Powinny być na tyle precyzyjne i jednoznaczne, aby wykonawcy mogli sobie wyrobić jasny pogląd na temat ram rozwiązania wariantowego, ale także na tyle wyczerpujące, aby wynikały z nich wszystkie warunki i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty wariantowej. Z opisu powinien wynikać zarówno cel rozwiązania wariantowego, jak i wymagania dotyczące aspektów technicznych, ekonomicznych, organizacyjnych i funkcjonalnych, tak by zagwarantowana była porównywalność ofert. Dlatego minimalne warunki muszą być równoważne pod względem technicznym, ekonomicznym, organizacyjnym lub funkcjonalnym względem rozwiązania podstawowego. Swoje oczekiwania dotyczące minimalnych warunków zamawiający powinien zawrzeć w poszczególnych pozycjach opisu przedmiotu zamówienia, np. wymagania w zakresie nośności mostu lub trwałości i wytrzymałości nawierzchni drogi.
Jeżeli przewiduje się możliwość składania ofert wariantowych to powyższe wymagania powinien przygotować merytoryczny wydział, zamieszczając stosowne zapisy w odpowiednim punkcie **„Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.** Zapisy w tym wniosku dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert wariantowych, powinny być przygotowane przez merytoryczny wydział, z uwzględnieniem powyżej opisanych przesłanek.

2. USTALENIE WARTOŚCI SZACUNKOWEJ ZAMÓWIENIA

Planując zamówienie, przed ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia, merytoryczny wydział zobowiązany jest do przeprowadzenia rozeznania rynku robót/ dostaw. Należy zebrać informacje dotyczące:

- cen materiałów,
- robót dostępnych na rynku,
- wykonawców działających na rynku,

- stosowanych technologii,
- charakterystyki użytkowej dostępnych produktów

W prowadzonym rozeznaniu rynku należy zgromadzić informacje z prasy fachowej i codziennej, wydawnictw reklamowych i promocyjnych oraz należy wykorzystać doświadczenie zawodowe pracowników wydziału.

Udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi należy poprzedzić analizą zapotrzebowania na dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia. Przy sporządzaniu analizy należy:

- obliczyć zużycie materiałów za poprzedni rok, przedstawiając uzasadnienie wyliczenia w oparciu o dokumenty rozchodu,
- w przypadku zakupu materiałów, które nie były dotychczas zamawiane należy ustalić orientacyjne zużycie według norm podawanych przez producenta.

Zgodnie z **art. 32 ust. 1 ustawy** podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów **ustawy** dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości (**art. 32 ust. 2 ustawy**).

Ustalenia wartości zamówienia merytoryczny wydział dokonuje nie **wcześniej niż 3 miesiące** przed dniem wszczęcia postępowania, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz **nie wcześniej niż 6 miesięcy** przed dniem wszczęcia postępowania, jeżeli przedmiotem są roboty budowlane (**art. 35 ust. 1 ustawy**).

Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, merytoryczny wydział przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia (**art. 35 ust. 2 ustawy**).

Jeżeli merytoryczny wydział planuje udzielenie zamówienia **na czas nieoznaczony** , wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu **48 miesięcy wykonywania zamówienia**.

W przypadku udzielania zamówienia na czas oznaczony, wartość zamówienia merytoryczny wydział ustala w następujący sposób:

- jeżeli zamówienie ma być udzielone na czas nie dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia.
- jeżeli zamówienie ma być udzielane na czas dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, a w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wartość szacunkowa zamówienia powinna zostać ustalona na piśmie w formie **„Notatki służbowej**" na odpowiednim (w zależności od przedmiotu lub charakteru zamówienia) na odpowiednim **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2, 2a, 2b, 2c,2d, 2e, 2f , 2g, 2h lub 2i.**

Wartość **1 euro** ustala się na podstawie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, wydanego na podstawie **art. 35 ust. 3 ustawy**. Aktualnie wartość 1 euro jest określona w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 maja 2006 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych[7] i wynosi 4,3870.

Oba te dokumenty są podstawą do sporządzenia **„Karty wydatku",** której wzór został określony uchwałą Zarządu Powiatu Pabianickiego w sprawie procedur kontroli finansowej.

Powyższe dokumenty sporządza się na każdą okoliczność dokonywania wydatków ze środków publicznych (w tym również do 14.000 euro).

[7] Dz. U. Nr 87, poz. 610

Wszystkie czynności określone w niniejszym punkcie wykonuje właściwy merytorycznie wydział.
W przypadku gdy ten sam rodzaj wydatku (np. zakup materiałów biurowych, ogłoszenia w prasie, zakup paliwa, zakup artykułów spożywczych, zlecenie usług wyżywienia itd.) dokonywany jest przez więcej niż jeden wydział, sporządza się jedną **„Kartę wydatku**" obejmującą wszystkie planowane wydatki danego rodzaju w danym roku budżetowym. **W takim przypadku za sporządzenie „Karty wydatku" odpowiedzialne jest Biuro Zarządu Powiatu na podstawie złożonych pisemnych wniosków pozostałych wydziałów, zgodnie procedurami i w terminach** przewidzianych przy projektowaniu budżetu Powiatu Pabianickiego a określonych stosowną Uchwałą Zarządu Powiatu **.** W takim przypadku **„Kartę wydatku"** przygotowuje Biuro Zarządu Powiatu a podpisują wszyscy naczelnicy, którzy realizować będą dany rodzaj wydatku a w imieniu Zarządu Sekretarz Powiatu.
Pełnomocnik prowadzi w formie elektronicznej **„Rejestr Kart Wydatków" na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 3.**

2.1. Ustalenie wartości szacunkowej, jeżeli zamawiający nie przewiduje możliwości składania ofert częściowych albo udzielania zamówienia w częściach oraz jeżeli zamawiający nie przewiduje zamówień uzupełniających albo prawa opcji.

Jeżeli merytoryczny wydział w przygotowywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie przewiduje możliwości składania ofert częściowych albo udzielania zamówienia w częściach oraz jeżeli wydział ten nie przewiduje zamówień uzupełniających albo prawa opcji, wartością szacunkową zamówienia jest całkowite wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez merytoryczny wydział z należytą starannością.Ustawa nie definiuje sformułowania „należyta staranność. W prawie cywilnym funkcjonuje pojęcie „należytej staranności" wymaganej od dłużnika. Jest on obowiązany do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej należytą staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 Kc). W zamówieniach publicznych nie chodzi o *należytą staranność wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz o należytą staranność zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, i to w tym zakresie, który wiąże się z podstawą ustalenia wartości zamówienia.Uwzględniając różnice, o których mowa, wynikające z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej i jej celu, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówieniapublicznego*[8]
Pracownik merytorycznego wydziału sporządza **„Notatkę służbową"** na odpowiednim **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2.**

2.2. Ustalanie wartości szacunkowej zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach

Jeżeli merytoryczny wydział w przygotowywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo zamierza udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego zamówienia, wartością szacunkową zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.
Na okoliczność dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych albo udzielania zamówienia w częściach, pracownik merytorycznego wydziału sporządza **„Notatkę służbową"** na odpowiednim **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2a lub 2b.**

---

[8] Baehr Jerzy, Czajkowski Tomasz red., Dzierżanowski Włodzimierz, Kwieciński Tomasz, Łysakowski Waldemar, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.* UZP Warszawa 2004, s. 118 -119

2.3. Ustalanie wartości szacunkowej zamówienia, jeżeli zamawiający przewiduje zamówień uzupełniających

Przy ustalaniu wartości zamówienia w postępowaniu, w którym zamawiający przewiduje w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, zamówień uzupełniających, stanowiących odpowiednio nie więcej niż 50 % lub 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, usługi lub robót budowlanych, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.

Art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy opisuje przesłankę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w odniesieniu do zamówień uzupełniających w stosunku do zamówienia podstawowego, którego przedmiotem są **usługi lub roboty budowlane**. Przesłanka ta związana jest z udzielaniem zamówień uzupełniających i uzależnia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, od łącznego wystąpienia następujących okoliczności:

- **po pierwsze** – pomiędzy udzieleniem zamówienia podstawowego a udzieleniem zamówień uzupełniających nie upłynęło więcej niż 3 lata – termin ten powinien być liczony od dnia zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia publicznego.
- **po drugie** – zamówienie uzupełniające przewidziane było w SIWZ dla zamówienia podstawowego.
- **po trzecie** – zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.
- **po czwarte** – zamówienie uzupełniające dotyczy przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ.
- **po piąte** – zamówienie udzielane jest dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia podstawowego.
- **po szóste** – wartość zamówienia uzupełniającego nie przekracza 50% wartości zamówienia podstawowego.
- **po siódme** – zamówienie uzupełniające polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień.

Art. 67 ust.1 pkt 7 ustawy opisuje przesłankę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w odniesieniu do zamówień uzupełniających w stosunku do zamówienia podstawowego, którego przedmiotem są **dostawy**. Podobnie jak w przypadku przesłanki z **art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy,** łącznie spełnione muszą zostać następujące okoliczności:

- **po pierwsze** – pomiędzy udzieleniem zamówienia podstawowego a udzieleniem zamówień uzupełniających nie upłynęło więcej niż 3 lata – termin ten powinien być liczony od dnia zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia publicznego.
- **po drugie** – zamówienie uzupełniające przewidziane było w SIWZ dla zamówienia podstawowego.
- **po trzecie** – zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.
- **po czwarte** – zamówienie uzupełniające dotyczy przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ.
- **po piąte** – zamówienie udzielane jest dotychczasowemu wykonawcy dostaw stanowiących przedmiot zamówienia podstawowego.
- **po szóste** – wartość zamówienia uzupełniającego nie przekracza 20% wartości zamówienia podstawowego.
- **po siódme** – zamówienie uzupełniające polega na rozszerzeniu dostawy.
- **po ósme** – zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze sprzętu (np. maszyn).

Jak rozumieć zapisy **art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7** w związku z **art. 32 ust. 3 ustawy** dotyczącym zasad określania wartości szacunkowej zamówienia podstawowego oraz owych np. „ 20% wartości zamówienia uzupełniającego".
Prosty przykład – wartość udzielanego zamówienia, które ma zostać objęte umową wynosi 100 tys. zł. Przewidywana wartość zamówienia uzupełniającego wynosi 15 tys. zł. Zgodnie z przepisem **art. 32 ust.3,** jako wartość szacunkową zamówienia zamawiający zobowiązany jest przyjąć wartość 100 tys. zł + 15 tys. zł = 115 tys. zł. Zgodnie z przepisem **art. 67 ust. 1 pkt 7** wartość udzielanych zamówień uzupełniających nie może przekroczyć 20 % wartości zamówienia podstawowego tzn. nie więcej niż 20% od kwoty 115 tys. zł (wartość zamówienia), co daje 23 tys. zł. Gdzieś popełniamy zapewnie błąd?. Tylko w jakim punkcie przedstawionego rozumowania ? Otóż w tym zakresie należy kierować się przesłankami logicznymi a nie wykładnią literalną, która jak widać prowadzi na manowce. W tym aspekcie należy owe „20%" odnosić tylko do wartości zamówienia podstawowego bez dodanej wartości planowanego zamówienia uzupełniającego. Również i w protokole postępowania, w którym odnotowuje się wartość szacunkową, należy dokonać zapisu „wartość zamówienia podstawowego – 100 tys. zł, przewidywana wartość zamówienia uzupełniającego 15 tys. zł".
Pracownik merytorycznego wydziału przypadku gdy przewiduje udzielanie zamówień uzupełniajacych sporządza **„Notatkę służbową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2c.**

2.4. Ustalanie wartości szacunkowej zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo

Przy ustalaniu wartości zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo, merytoryczny wydział ma do wyboru dwa sposoby określenia wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie bowiem z **art. 34 ust. 1 ustawy** podstawą ustalania wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna **wartość zamówień tego samego rodzaju**:
- udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem,

albo
- których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

Wobec braku ustawowego określenia znaczenia sformułowania „zamówienia tego samego rodzaju", można skorzystać z zamieszczonych poniżej zebranych opinii kilku doświadczonych praktyków w zakresie prawa zamówień publicznych.
Pomocne przy szacowaniu wartości szacunkowej zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo będą następujące opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczone na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Prawo" - „Informacje i opinie prawne":
- Szacownie wartości zamówienia na dostawy oraz usługi powtarzające się okresowo,
- Sposób udzielania i szacowania wartości zamówień przy zakupach książek przez biblioteki,
- Sposób udzielania zamówienia publicznego na świadczenie usług szkoleniowych finansowanych z Europejskiego Funduszu Społecznego,
- Obliczanie wartości zamówienia na szkolenia na przykładzie szkoleń organizowanych przez powiatowe urzędy pracy.

Pracownik merytorycznego wydziału w tym przypadku sporządza **„Notatkę służbową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2d.**

2.4.1. Zamówienia tego samego rodzaju – próba definicji

W wyniku nowelizacji ustawy w 2006 r. rozszerzono znacznie dotychczasowy zakres agregacji dostaw i usług **powtarzających się okresowo (art. 34 ust.1 ustawy).** W odróżnieniu od dostaw i usług niepowtarzających się okresowo **na etapie udzielania zamówień,** przedmiotem zamówienia na

dostawy i usługi **powtarzające się okresowo** jest pakiet różnych grup dostaw lub pakiet różnych kategorii usług, należących do dostaw lub usług **tego samego rodzaju (art. 34 ust.1 ustawy).** Pojęcia „**rodzaju dostaw**" i „**rodzaju usług**" nie zostały zdefiniowane ani w ustawie, ani w Dyrektywie 2004/18 / WE. Pojęcia te nie występują także w Słowniku CPV ani w Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Dlatego też wyjaśnienia tego pojęcia należy szukać w słowniku języka polskiego. Według słownika języka polskiego „rodzaj" to „gatunek czegoś, odmiana, typ, jakość, np.: rodzaj materiału, rodzaj obuwia, rodzaj instrumentów muzycznych, rodzaj gleby itp.". W praktyce obrotu gospodarczego **dostawy tego samego rodzaju i usługi tego samego rodzaju** to takie, które można uzyskać od jednego wykonawcy.

W tej kwestii warto przytoczyć stanowisko Komisji Europejskiej, której zdaniem, poprzez *dostawy tego samego rodzaju należy rozumieć dostawy produktów, które są przeznaczone do identycznego lub podobnego użytku*[9].

Natomiast według niektórych komentatorów o „dostawach tego samego rodzaju" można mówić gdy są dostępne u jednego dostawcy („w tym samym sklepie"). Stąd gumki, ołówki, długopisy itp. Materiały biurowe są towarami tego samego rodzaju. Natomiast gdy towary, dostępne są nawet u jednego dostawcy, mają różne przeznaczenie nie muszą być łączone przy szacowaniu zamówienia[10].

Jeszcze inaczej definiuje usługi i dostawy tego samego rodzaju dr hab. Ryszard Szostak[11]. Uważa on, że „... *przez dostawy (usługi) „tego samego rodzaju" rozumieć trzeba przedmioty (świadczenia) o podobnych właściwościach głównych (treści) i tym samym przeznaczeniu, np. w zakresie żywności odrębnym rodzajem są: warzywa i owoce, pieczywo, produkty mięsne itd., w obrębie usług szkoleniowych: szkolenia księgowych, kierowców, spawaczy itd., a wśród usług projektowania sieci rozróżnia się: projektowanie sieci energetycznych, wodnych, gazowych itd. Liczy się ujęcie kompleksowe obejmujące przedmiot z wszelkimi przynależnościami albo usługę z pracami pomocniczymi. Np. pod pojęciem „komputerów" rozumieć należy także niezbędne dla ich funkcjonowania oprogramowanie operacyjne, a pod pojęciem „napraw" kryją się również niezbędne czynności sprawdzające i regulacyjne...".*

W świetle powyższego zgadzam się z Panem dr hab. Ryszardem Szostakiem, że nie należy sumować wszystkich zamówienia w danym roku dotyczących dostaw artykułów spożywczych (np. mięso, ryby, tłuszcze, mleko, produkty mączne itp.).

W komentarzu do Prawa zamówień publicznych[12] autorzy stwierdzają: *użyty w powołanym przepisie zwrot „tego samego rodzaju" może powodować trudności interpretacyjne, tym bardziej, że pojęcie „rodzaj" nie zostało zdefiniowane ani w ustawie, ani w prawie unijnym. Z pojęciem tym w słownictwie polskim kojarzą się najczęściej takie pojęcia, jak: gatunek, odmiana, typ, jakość. Z kolei w doktrynie brytyjskiej twierdzi się, że zamówieniami tego samego rodzaju są zamówienia „o to samo", które może wykonać nieograniczony krąg wykonawców na tych samych warunkach (zamówienia „z tej samej półki supermarketu"). Przy wykładni tego pojęcia należy niewątpliwie mieć na uwadze kontekst, w jakim zostało ono użyte. W komentowanym przepisie kontekst ten wydaje się wskazywać, że może tu chodzić np. o pewne podobieństwo co do gatunku, odmiany czy cech jakościowych bądź użytkowych usług lub dostaw powtarzających się okresowo.*

Z kolei Jerzy Wysocki[13] pisze: *z art. 34 ustawy wynika, że w celu ustalenia wartości zamówienia musimy sumować usługi, które nie tylko są powtarzającymi się okresowo, ale także są tego samego rodzaju. Powstaje więc problem, czy wartość usług telefonii stacjonarnej i telefonii komórkowej należy ze sobą sumować, czy też nie. Zanim na to pytanie odpowiem, wydaje się konieczne określenie, czym*

---

[9] Komisja Europejska, Guide to the Community Rulet on Public Suplly Contracts, 1997.

[10] Dolecki Janusz *Dostawy i usługi powtarzające się okresowo*,„Zamówienia Publiczne-Doradca" Nr 6 (86) czerwiec 2004, s. 58 -61.

[11] Szostak Ryszard, *Planowanie i finansowanie zamówień. Reguły gospodarki finansowej a zamówienia publiczne* „Zamówienia Publiczne – Doradca" Nr 12 (116) grudzień 2006 s.7

[12] Baehr Jerzy,Czajkowski Tomasz red.,Dzierżanowski Włodzimierz,Kwieciński Tomasza, Łysakowski Waldemar, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Wydanie drugie, UZP Warszawa 2006 s.124.

[13] Wysocki Jerzy, *Usługi telefoniczne* „Przetargi Publiczne" Nr 10 (11) październik 2006, s. 36 – 38.

są usługi tego samego rodzaju. Ustawodawca, nowelizując Pzp, nie umieścił niestety w słowniczku definicji tego określenia.

Gdy dokładniej zastanowimy się nad sensem znaczenia „rodzaj" posiłkując się wspomnianymi definicjami, to nie będziemy się spierać, czy np. transport ludzi i transport drewna z lasu to usługi tego samego rodzaju. Dla mnie oczywiste jest, że zdecydowanie nie.

Po zastanowieniu doszedłem do wniosku, że próbując określić, czy dane usługi lub dostawy są tego samego rodzaju, musielibyśmy odpowiedzieć sobie na pytania: Czy usługa, dostawa:

- służy do tego samego celu,
- może być realizowana za pomocą tych samych środków,
- może być uzyskana od tego samego wykonawcy.

Jeżeli odpowiedzi będą twierdzące, można uznać, że mamy do czynienia z usługą, dostawami tego samego rodzaju.

Rozpatrzmy więc pod tym kątem nasze stacjonarne i komórkowe usługi telefoniczne.

- Po pierwsze: Czy służą do tego samego celu ? Moim zdaniem nie. Mimo tego, że obie usługi mają za zadanie umożliwić komunikację, to cel tych usług jest różny. Telefonia stacjonarna umożliwia rozmowę tylko „ z biurka" w miejscu pracy. Cel telefonii komórkowej jest zupełnie inny. Ma umożliwić rozmowę w każdym miejscu, niezależnie od geograficznego miejsca pobytu zamawiającego. Proszę zauważyć, że ustawodawca, jak już wspomniałem, w art. 2 ust.1 pkt 22 i 23 Pt rozróżnia tzw. numery geograficzne i niegeograficzne.
- Po drugie: Czy można usługi telefonii stacjonarnej i komórkowej zrealizować za pomocą tych samych środków ? I w tym miejscu odpowiedź jest negatywna. Środki do realizacji telefonii komórkowej są odmienne od środków realizacji telefonii stacjonarnej. Realizacja tych usług różni się zarówno sposobem przekazania sygnału, jak i sprzętem koniecznym do realizacji usługi.
- Po trzecie: Czy usługi telefonii stacjonarnej i komórkowej można uzyskać od tego samego wykonawcy ? Gdy przyjrzymy się rynkowi telekomunikacyjnemu, odpowiedź będzie negatywna. Na rynku mamy kilka firm zajmujących się telefonią stacjonarną: TP S.A., Netia, Tele2, w telefonii komórkowej natomiast operatorów sieci Orange, PlusGSM, Era. Tak więc są to różni wykonawcy.

Na tej podstawie uważam, iż mimo że usługi telefoniczne są usługami powtarzającymi się okresowo, to usługi telefonii stacjonarnej i komórkowej nie są usługami tego samego rodzaju. Nie ma więc obowiązku sumowania wartości szacunkowej tych dwóch usług z powodu zapisów art. 34 Pzp. Należy szacować wartość zamówienia osobno dla telefonów stacjonarnych i osobno dla telefonów komórkowych...".

Natomiast Mariusz Partyka do szacowania wartości zamówienia podchodzi jeszcze inaczej. Poniżej zamieszczam obszerny fragment jego stanowiska.

.Aby uzyskać odpowiedź na pytanie jakie działania stanowią dzielenie zamówienia, w pierwszej kolejności należy ustalić jak rozumieć samo pojęcie zamówienia. Chodzi oczywiście o aspekt tego pojęcia świadczący o tym, że mamy do czynienia z jednym, odrębnym, pojedynczym zamówieniem. Z pewnością w ramach jednego, odrębnego zamówienia powinny znaleźć się dostawy lub usługi tego samego rodzaju[14]. Zasadę tę powinniśmy stosować do wszystkich zamówień - tych powtarzających się okresowo (opierając się na brzmieniu przepisu art. 34 ust. 1 Pzp), ale i do pozostałych. Do pozostałych, bowiem ustawodawstwo unijne posługuje się pojęciem zamówień „podobnych" w stosunku do dostaw i zamówień „tego samego rodzaju" w stosunku do usług[15]. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego (Słownik języka polskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN) podobny to „mający

[14]Partyka Mariusz, *Kiedy można podzielić zamówienie*, „Zamówienia Publiczne - Doradca" Nr 2 (118) luty 2007 s. 40

[15] Art. 9 ust. 5 lit. b oraz ust. 8 lit. a Dyrektywy Nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134/1 z dnia 30 kwietnia 2004 r.).

pewne cechy wspólne z czymś, z kimś". Natomiast pojęcie „rodzaju" ten sam słownik definiuje jako „gatunek czegoś, wyróżniany ze względu na pewne cechy". Jak widzimy, obydwa pojęcia są zbliżone i mogą być używane zamiennie.

Podstawowym kryterium agregacji dostaw i usług powinno być więc kryterium rodzajowości. Innymi słowy grupować powinniśmy dostawy i usługi tego samego rodzaju czyli podobne.

W tym celu należy przede wszystkim ustalić cechy charakterystyczne zamówienia stanowiące o jego odrębności. Proponuję wziąć pod uwagę następujące cechy:

1. *Cechy użytkowe i funkcjonalne dostaw lub usług oraz fakt, czy są one przeznaczone do podobnego użytku (tj. czy służą podobnemu celowi[16]) a także czy mogą być zrealizowane przy pomocy tych samych środków (sposób realizacji)[17].*
2. *Fakt, czy dostawy lub usługi mogą zostać realizowane przez wykonawców, działających w tym samym segmencie rynku[18]*

I dodatkowo:

Przewidywalność - czy obiektywnie można było przewidzieć i zaplanować określone dostawy lub usługi.

Analizę powinniśmy rozpoczynać od pierwszego kryterium. Jeżeli dwie dostawy (lub usługi) posiadają te same cechy i służą podobnemu celów, np. dostawa ołówków i długopisów, wówczas kryterium pierwsze wskazuje na fakt, że mamy do czynienia z zamówieniami tego samego rodzaju. Również sposób realizacji dostawy ołówków i długopisów nie różni się. Dalej, jeśli większość wykonawców, którzy mogą nam dostarczyć ołówki jest w stanie również dostarczyć długopisy, to i warunek drugi jest spełniony. W przypadku drugiego kryterium generalnie chodzi o to, czy w praktyce jest możliwe wykonanie jednego zamówienia, a więc czy są firmy, które mogą wykonać zamówienie o tak szerokim zakresie jak określiliśmy - w tym przypadku sprzedać nam równocześnie długopisy i ołówki.

Jeżeli przykładowo w pierwszej kolejności połączyliśmy dostawy tonerów z dostawami farb drukarskich, ale po rozpoznaniu rynku okazuje się, że nie ma takich firm, które są w stanie dostarczyć jednocześnie jedne i drugie, wówczas niewątpliwie mamy do czynienia z różnymi zamówieniami. Nie twierdzę, że takich zamówień nie można umieścić w jednej procedurze. Owszem można, dopuszczając składanie ofert częściowych lub nie. Łączenie zamówień nie jest zakazane. Należy jednak rozważyć czy zamawiający może w tej sytuacji liczyć na jakiekolwiek oferty i czy jest to dla niego opłacalne. Jeżeli nie ma takich firm, które dostarczą obydwa towary - łączenie nie ma sensu. Wówczas firmy, które zaoferują większość własnego towaru, resztę będą musiały zakupić od podwykonawców.

Oczywiście, jeśli jest to możliwe, lepiej kupić całość od jednego wykonawcy. Jednym z rozwiązań jest także dopuszczenie składania ofert częściowych. Takie rozwiązanie jednakże może również nieść pewne niebezpieczeństwa, bowiem im mniej zamawiamy, tym mniejsze upusty cenowe skłonni są nam przyznawać wykonawcy. Dlatego też kwestie pogrupowania poszczególnych dostaw lub usług oraz dopuszczenia ofert częściowych muszą zostać dokładnie przemyślane.

W oparciu o zasady, które przedstawiłem zamawiający winien dokonywać podziału na poszczególne zamówienia tego, co chce zakupić w danym roku budżetowym. Nie jest to jednak podział w rozumieniu ustawy. Jest to proces mający na celu dojście do tego, co jest pojedynczym, odrębnym, samodzielnym zamówieniem, a co nim nie jest. W efekcie przeprowadzenia opisanych powyżej działań powinniśmy dysponować listą zamówień. Zamówieniem będzie więc odrębna, pojedyncza dostawa lub usługa.

Oceniając, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem musimy również wziąć pod uwagę jego przewidywalność. Zakładamy, że zamawiający z należytą starannością sporządza plan zamówień. Jednak później w trakcie roku budżetowego pojawiają się zamówienia, których nie przewidział, bo nie było to możliwe: czy to obiektywnie rzecz biorąc były nieprzewidywalne, np. wynikają z awarii,

---

[16] Jaskulska Danuta, *Jak prawidłowo oszacować wartość*, „Przetargi Publiczne" Nr 6 (7) czerwiec 2006, s. 17-18

[17] Wysocki Jerzy, *Usługi telefoniczne*, „Przetargi Publiczne" Nr 10 (11) październik 2006, s. 36 – 38.

[18] Bogacz L., Łempicka M., Pyliński G., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* s. 166.

trwałego uszkodzenia jakiegoś urządzenia, których nie dało się przewidzieć, czy to wiążą się z powstaniem nowych obowiązków po stronie zamawiającego, przykładowo narzuconych przez nowe przepisy. Mogą pojawić się również sytuacje, gdy zamawiający otrzyma nadzwyczajne środki finansowe, które pozwolą mu na dokonanie zamówienia, którego nie przewidywał w planie, bowiem nie mając zabezpieczenia finansowego przewidzieć nie mógł.

Reasumując, jeżeli zakresu lub terminów zapotrzebowania na jakieś dostawy lub usługi nie dało się przewidzieć i zaplanować, wówczas takie zamówienie będzie pojedynczym zamówieniem, którego nie łączy się z innymi.

Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej opublikowanej na swojej stronie internetowej, jeżeli poszczególnych zamówień udzielanych w tym samym przedmiocie nie da się w sposób obiektywny przewidzieć, zsumować i udzielić zamówienia po przeprowadzeniu jednej procedury, w przypadku pojedynczego zakupu będziemy mieli do czynienia z odrębnym przedmiotem zamówienia[19].

Normy dotyczące dzielenia zamówienia odnoszą się więc do zamówień, które zamawiający zaplanował i mógł zaplanować. Zakładam oczywiście, że zamawiający, tak jak powinien, planuje zamówienia z należytą starannością, a więc umieścił w planie wszystkie zamówienia, które obiektywnie rzecz biorąc był w stanie przewidzieć oraz co do których mógł określić zakres przedmiotowy.

Omawiany problem podziału zamówień czy zaniżania ich wartości nie dotyczy więc zamówień, które są niemożliwe do zaplanowania[20] w jakimkolwiek zakresie - gdy zamawiający nie jest w stanie zaplanować, że zamówienie wystąpi w ogóle w ciągu roku, ale również gdy nie jest w stanie przewidzieć jego zakresu przedmiotowego, a co za tym idzie i wartości. Oczywiście należy zachować dużą staranność przy rozstrzyganiu tych kwestii, bowiem niektórych zamówień można udzielić, zakładając mniejszy ich rozmiar przy założeniu prawa opcji. Na przykład wiemy, że co roku wydajemy pewną sumę na naprawy naszych samochodów. Nie da się przewidzieć, czy w nadchodzącym roku wydamy 25.000 zł (tyle np. wydaliśmy 2 lata temu) czy 36.000 zł (tyle wydaliśmy w zeszłym roku). Możemy jednak udzielić zamówienia na 20.000 zł z opcją[21] możliwości skorzystania z dodatkowych usług do kwoty 36.000 zł. Takie zamówienie może wówczas zostać przewidziane i udzielone i nie powinniśmy się tłumaczyć jego nieprzewidywalnością. Oczywiście nieco urna sytuacja wystąpi, gdy np. w zeszłym roku wydaliśmy na naprawy 6.000 zł, dwa lata temu 18.000 zł, a trzy lata temu 36.000 zł. Tutaj zakres zamówienia może być rzeczywiście nieprzewidywalny. Każdą sytuację należy jednak rozpatrywać indywidualnie. Pamiętajmy też o tym, że wartość szacunkową dostaw i usług powtarzających się okresowo obliczamy - w oparciu o szczególne zasady (art. 34 ustawy).

Jeśli nawet kilka dostaw lub usług możemy nabyć u jednego wykonawcy, ale charakteryzują się one zupełnie innymi cechami, wówczas nie stanowią jednego zamówienia. Innymi słowy sam fakt, iż u jednego wykonawcy możemy kupić zarówno cement, jak i okna nie stanowi o tym, że są to zamówienia tego samego rodzaju. I odwrotnie - nawet jeśli mają podobne cechy nie powoduje to automatycznie, że będziemy mieli do czynienia z jednym zamówieniem. Powinniśmy jeszcze przeanalizować, czy ich sprzedażą zajmują się te same czy zupełnie inne firmy. Tak więc druk wizytówek oraz druk recept ze znakiem wodnym nie będą stanowiły jednego zamówienia.

Analiza po kątem wspólnych cech daje nam efekt w postaci pogrupowania w poszczególne zamówienia: usług rozmów telefonicznych, usług napraw urządzeń biurowych, mebli, usług sprzątania i odśnieżania, usług ochrony i monitorowania, dostawy druków.

---

[19] Opinia prawna UZP, *Sposób udzielania i szacowania wartości zamówień przy zakupach książek przez biblioteki,* dostępna na stronie: www.uzp.gov.pl

[20] Niedziela Hanna, Strzelczyk Halina, Koba Dariusz, *Planowanie zamówień – ustalanie wartości. Materiał Szkoleniowy*, s. 9.

[21] Partyka Mariusz, *Prawo opcji*, „Przetargi Publiczne" Nr 5 (6) maj 2006, s. 20

Zastosowanie pozostałych kryteriów powoduje, że grupy nam się zmniejszają, dzieląc się przykładowo:

- *usługi telefoniczne na usługi telefonii stacjonarnej i komórkowej,*
- *usługi naprawy na naprawę kserokopiarek, naprawę komputerów i drukarek komputerowych etc,*
- *meble na biurowe i regaty metalowe do archiwów,*
- *usługi sprzątania i usługi odśnieżania również będą odrębnym zamówieniem,*
- *usługi ochrony mienia i osób też będą stanowiły inne zamówienie niż*
- *usługi monitorowania.*

Z grupy druków z pewnością wyróżnimy jako odrębne zamówienia druk kalendarzy czy wizytówek i druki specjalistyczne zawierające zabezpieczenia: znaki wodne, mikrodruk czy paski metaliczne.

Decydując o tym jakie dostawy lub usługi winniśmy kupować razem w ramach jednego zamówienia, chciałbym zaproponować, abyśmy brali również pod uwagę aspekt ekonomiczny. Po ustaleniu, zgodnie z podanymi wyżej kryteriami, zakresu poszczególnych zamówień, proponowałbym dokonać jeszcze jednej analizy: jakie zamówienia pomimo faktu, że w świetle Pzp nie musimy tego robić, warto jednak połączyć, a jakie mimo wszystko należy podzielić (oczywiście w ramach jednego postępowania, czyli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach).

W pierwszej kolejności warto się zastanowić, czy potencjalnych wykonawców, którzy są w stanie zrealizować określony przez nas zakres zamówienia jest wystarczająco dużo. Po drugie należy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy zrealizowanie zamówienia o tak szerokim zakresie będzie celowe i przyniesie nam takie efekty ekonomiczne, jakich oczekujemy.

Oczywiście mam na myśli potencjalnych wykonawców, bowiem sam fakt, że wykonawca posiada zapis w odpowiedniej rubryce KRS lub wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, że może np. wykonywać usługi konserwacji sieci CO, jeszcze nie świadczy o tym, że technicznie jest do tego przygotowany oraz że jest w stanie złożyć ofertę. Określony wykonawca może w ogóle nie świadczyć tego typu usług (często jest tak, że przedsiębiorcy zamieszczają w zakresie działalności o wiele więcej niż faktycznie wykonują). Nie jest również powiedziane, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie w danej chwili.

Jeżeli wykonawców, którzy realnie są w stanie zrealizować całe zamówienie będzie bardzo mało (a więc i konkurencyjność w danym momencie jest niewielka), być może warto zastanowić się nad dokonaniem podziału zamówienia (oczywiście w ramach jednej procedury) i dopuszczeniem ofert częściowych. Przykładem może być usługa naprawy kserokopiarek, gdy mamy urządzenia kilku producentów (zakładam, że już upłynął okres gwarancji urządzeń). Ustaliliśmy, że są firmy, które mogą naprawiać kserokopiarki każdego z producentów, generalnie możemy więc udzielić zamówienia na całość, ale ponieważ zapewni nam to większą konkurencję dopuszczamy składanie ofert częściowych w zakresie każdego z producentów. W opisanej sytuacji możliwy jest też zakup każdego z rodzajów kserokopiarek w ramach odrębnej procedury, wówczas jednak nadal musimy traktować je jako jedno zamówienie (w tym przypadku zamawiający udziela zamówienia w częściach - art. 32 ust. 4 ustawy).

Przed określeniem zakresu zamówienia, należy zastanowić się również, czy pomimo możliwości wykonania go przez jedną firmę, przynajmniej część zamówienia mogłaby zostać wykonana taniej lub efektywniej przez inny podmiot. Jeśli tak jest, należy dokonać takiego podziału zamówienia w ramach jednej procedury (dopuszczając oferty częściowe) lub w ramach większej ilości procedur (stosując art. 32 ust. 4 ustawy), aby zapewniało to najlepszy efekt ekonomiczny.

Przede wszystkim należy odpowiedzieć sobie na pytanie jakie zachowania stanowią podział zamówienia w celu ominięcia przepisów ustawy, a jakie nie oraz jak powinien zachowywać się zamawiający, aby uniknąć pierwszej sytuacji. Aby odpowiedzieć sobie na te pytania, musimy w skrócie prześledzić proces planowania i udzielania zamówień w jednostce zamawiającej.

Pierwszym krokiem, jaki powinien zrobić zamawiający jest sporządzenie planu zamówień publicznych i od tego też zaczniemy. Plan tworzymy w oparciu o plan finansowy zamawiającego, z tym że zawiera on podział na poszczególne, planowane przez nas zamówienia oraz ich wartość, termin ich realizacji, a także w zależności od potrzeb ewentualnie inne informacje.

Już na tym etapie pojawia się pytanie o to, które zamówienia i jak grupować, a które zaplanować jako udzielane odrębnie. Jako generalną przyjąć należy zasadę łączenia maksymalnie jak największej ilości zamówień.
Uzasadnienia takiego rozwiązania są co najmniej dwa:
1.Ekonomiczne - generalnie im więcej kupujemy w jednym zamówieniu, tym korzystniejszą cenę powinniśmy otrzymać w efekcie.
2.Prawne - zakaz dzielenia zamówień w celu ominięcia stosowania ustawy; aby dojść do tego, co stanowi pojedyncze zamówienie, musimy założyć pewną sytuację wyjściową.
Proces planowania należy zacząć od stworzenia listy wszystkich zamówień, których zamierzamy udzielić w danym roku budżetowym, a następnie połączyć je w jak najmniejszą ilość grup posługując się opisanymi wcześniej kryteriami....".
Danuta Jaskulska[22] pisze: *zgodnie z art. 34 ustawy wartością zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju. Chociaż możemy odetchnąć z ulgą, że nie musimy już sumować według CPV, to jednak określenie „tego samego rodzaju" również może nastręczać interpretacyjne trudności. Uzasadnione wydaje się przyjęcie stanowiska, że dostawy i usługi tego samego rodzaju to takie, które służą podobnemu celowi i są dostępne u tych samych wykonawców.*
O tym czy w konkretnym przypadku dany rodzaj dostawy (usługi) jest dostawą (usługą) powtarzającą się okresowo, należy zawsze wziąć pod uwagę opinię Urzędu Zamówień Publicznych, w której stwierdzono, że w przypadku, gdy zamawiający może z góry przewidzieć zakres całorocznych zakupów i gdy możliwe jest jednorazowe ich nabycie, lecz z jakichś względów (np. organizacyjnych, technicznych, gospodarczych) zamawiający 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 dokonywane w latach poprzednich. Do ustalenia wartości zamówienia w takim przypadku nie stosuje się sumowania według Wspólnego Słownika Zamówień.

2.5. Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na usługi bankowe lub inne usługi finansowe

Jeżeli merytoryczny wydział przygotowanie zamówienia na usługi bankowe (np. bankowa obsługa budżetu Powiatu Pabianickiego, zaciąganie kredytów, itp.) lub na inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia.
Na okoliczność zamówienia na usługi bankowe lub inne usługi finansowe, pracownik merytorycznego wydziału sporządza **„Notatkę służbową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2e.**

2.6. Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, jeżeli zamawiający przygotowując zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji

Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji (np. dzierżawa kopiarki i możliwość opcji zakupu tej kopiarki po upływie okresu dzierżawy), przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji (np. opłaty z tytułu dzierżawy + cena zakupu kopiarki). Szerzej na temat prawa opcji w pkt 2.6.1.
Pracownik merytorycznego wydziału w tym przypadku sporządza **„Notatkę służbową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2f.**

2.6.1. Prawo opcji[23]

---

[22] Jaskulska Danuta, *Jak prawidłowo oszacować wartość*, „Przetargi Publiczne" Nr 6 (7) czerwiec 2006, s. 17 - 18
[23] Partyka Mariusz, *Prawo opcji*, „Przetargi Publiczne" Nr 5 (6) maj 2006, s. 20 - 21

Zastosowanie prawa opcji pozwala wielu zamawiającym na uniknięcie trudnej sytuacji, szczególnie wtedy, gdy w momencie sporządzania swiz nie wiedzą jeszcze dokładnie, jaki ma być zakres zamówienia.
Opcja w aspekcie ekonomicznym to prawo do dokonania pewnej transakcji w danym czasie, np. zakupu lub sprzedaży papierów wartościowych po określonej cenie. Innymi słowy jest to instrument finansowy dający nabywcy prawo, lecz nie obowiązek żądania od sprzedawcy spełnienia świadczenia, na które opiewa opcja. W zamówieniach publicznych z prawem opcji jest bardzo podobnie. Inny jest tylko przedmiot zakupu.
Regulacje unijne nie zawierają wiele informacji na temat prawa opcji. W obowiązującej obecnie dyrektywie 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi zasadniczo znajdziemy tylko dwa przepisy regulujące tę kwestię:

- art. 1 ust. 2 lit. c - zamówienia publiczne na dostawy oznaczają zamówienia publiczne inne niż określone w lit. b, których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji wykupu produktów.
- art. 9 ust. 1 - podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą; w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia.

Jak widać, art. 9 jest zbliżony do treści art. 34 ust. 5 ustawy, natomiast art. 1 ust. 2 lit. c różni się od tej regulacji.
Pewną odpowiedzią na pytanie, w jaki sposób należy rozumieć prawo opcji, może być wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 1975 r. Czytamy tam, *że w zakresie, w jakim prawo opcji działa w umowie zawartej przez zamawiającego, stanowi klauzulę umożliwiającą automatyczny zakup dodatkowych ilości za cenę już ustaloną.*
Prawo zamówień publicznych wypowiada się na temat prawa opcji bardzo skrótowo. Wyłącznie w **art. 34 ust. 5 ustawy** znajdziemy wzmiankę na ten temat. Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Moim zdaniem, bardzo trafnie sformułowano definicję prawa opcji w „Praktycznym przewodniku po procedurach zamówień publicznych[24]": *Przez prawo opcji w rozumieniu art. 34 ust. 1 pkt 5 ustawy należy rozumieć prawo wyboru, służące zamawiającemu w odniesieniu do wymaganego zakresu zamawianego świadczenia". Autor podkreśla, że w omawianym przypadku zamówienie dodatkowej, ściśle oznaczonej ilości w ramach przedmiotu zamówienia zależy wyłącznie od swobodnej woli zamawiającego.*
W stosunkach pomiędzy stronami występującymi na rynku, w tym również pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami, obowiązuje generalna zasada: pacta sunt servanda (umów należy dotrzymywać), co oznacza nie tylko, że umowy zawarte są dla stron wiążące, ale i też w konsekwencji fakt, że jeśli jako zamawiający zamówimy 150 strzykawek, to nie możemy zaordynować dostarczenia tylko 140. Wykonawca będzie miał w stosunku do nas roszczenie o dostarczenie pozostałych dziesięciu. Z drugiej strony z kolei Pzp ustanawia jeszcze inną zasadę generalną: zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być identyczny z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 ustawy). Oznacza to, że jeśli oferta dotyczyła 150 strzykawek (zakładając, zgodnie z art. 83 ust. 3 ustawy, że oferta odpowiadała SIWZ), to nie możemy w umowie umieścić zobowiązania do dostarczenia 200 ani też umieścić zobowiązania do dostarczenia 140 strzykawek. Jeśli zamieścilibyśmy, bez skorzystania z prawa opcji, 200 strzykawek, to 50 sztuk będzie zamówione z pominięciem ustawy, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a dla podmiotów, które nie należą do sektora finansów publicznych, zagrożone jest zgodnie z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit c ustawy karą pieniężną dochodzącą nawet do 150 tys.zł.

---

[24] Urząd Zamówień Publicznych, *Praktyczny Przewodnik Po Procedurach Zamówień Publicznych . Część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 9.

Te generalne zasady zostały złagodzone poprzez możliwość skorzystania z konstrukcji prawa opcji (przepis szczególny). Prawo opcji nie zostało w ustawie wyjaśnione, jednakże w oparciu o normy, o których pisałem powyżej, możemy wskazać na pewne elementy charakteryzujące tę instytucję:

1. Prawo opcji może dotyczyć za równo dostaw, jak i usług.
2. Ustawa nie przewiduje stosowania prawa opcji w przypadku zamawiania robót budowlanych.
3. Prawo opcji przewiduje zawsze większy zakres zamówienia niż zamówienie podstawowe (zasadnicze),przy czym dotyczyć to może ilości zamawianych towarów lub usług, jak i rozszerzenia zamówienia na innej zasadzie (np. kupno przedmiotu leasingu).
4. Niezależnie od tego, jaki jest podstawowy zakres zamówienia, a jaki zakres obejmie prawo opcji, wartość szacunkowa zamówienia musi obejmować całość, tj. dokładnie tak, jak mówi art. 34 ust. 5 ustawy: Największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Tak więc gdy zamawiamy coś, co jest warte nie więcej niż 211 tys. euro, to korzystając z prawa opcji musimy zwiększyć wartość zamówienia o kolejne kilka tysięcy euro. Z jednej strony mamy zabezpieczenie dodatkowych dostaw lub usług, z drugiej może zdarzyć się tak, że zsumowana z prawem opcji wartość zamówienia przekroczy jeden z progów ustawowych, np. 211 tys. euro, podczas gdy w trakcie realizacji umowy de facto z opcji nie skorzystamy i wydamy realnie o wiele mniej.
5. Realizacja prawa opcji musi być ograniczona terminami. Oznacza to, że jeżeli zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji, musi wskazać maksymalny termin, w jakim zamierza to zrobić. Tutaj, podobnie jak w przypadku wartości, należałoby uznać, że terminem realizacji zamówienia będzie końcowy termin, w jakim zamawiający zamierza skorzystać z prawa opcji. Tak więc przykładowo: jeżeli zamawiamy 100 ton węgla z terminem dostawy 2,5 miesiąca od dnia podpisania umowy, to przewidziana przez nas opcja zakupu dodatkowo 25 ton w ciągu 6 miesięcy spowoduje, że jako termin realizacji zamówienia musimy podawać 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Z pewnością można wskazać na pewne niewątpliwe plusy, ale również i na minusy zastosowania prawa opcji. Podstawowym plusem jest możliwość rozszerzenia zamówienia podstawowego o dodatkowe elementy. W tym przypadku nie musimy martwić się, czy spełniamy warunki art. 144 ustawy (zmiany umowy), bowiem rozszerzenie (prawo opcji) zarówno w samym zamówieniu, jak i w umowie zostało już przewidziane. Tak więc umowa nie ulega zmianie, a ewentualne rozszerzenie następuje zgodnie z jej treścią. Plusem jest możliwość wykorzystania prawa opcji w sytuacji, gdy zamawiający nie jest pewny, czy otrzyma środki finansowe na realizację zamówienia w pełnej wysokości albo gdy nie jest pewny, ile de facto towaru będzie potrzebował w ciągu roku, bo zwyczajnie w pewnych branżach precyzyjnie tego przewidzieć się nie da. Minusem może być fakt, że musimy wartością zamówienia objąć pełny zakres, włączając w to opcję. W ten sposób może się okazać, że w ramach umowy zapłacimy później sporo poniżej 211 tys. euro, aczkolwiek zamówienie realizowane było jako przekraczające tę kwotę. Minusem jest również fakt, iż dla wykonawców zakresem zamówienia jest zakres podstawowy, bowiem opcja jest dla nich czymś niepewnym: nie wiadomo, czy zamawiający z niej skorzysta. Tak więc oferowane ceny będą raczej cenami ustalanymi dla ilości obejmującej zakres podstawowy. Jeśli wykonawca zaoferowałby cenę odpowiednio niższą (jak dla całości zamówienia obejmującego opcję), wówczas w przypadku, gdy zamawiający nie zamówi nic ponad zamówienie podstawowe, wykonawca ów może nic nie zarobić, a w pewnych okolicznościach nawet ponieść straty. Dlatego też nie należy się dziwić, jeśli w takim przypadku wykonawcy zaoferują cenę zakładając, że zakresem zamówienia jest zakres podstawowy, a nie ten rozszerzony opcją.

Pamiętajmy, aby prawa opcji nie mylić z zamówieniem uzupełniającym. Jak zaznaczają autorzy komentarza do ustawy pod redakcją Tomasza Czajkowskiego[25]: *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*

[25] Baehr Jerzy, Czajkowski Tomasz red.,Dzierżanowski Włodzimierz,Kwieciński Tomasz,Łysakowski Waldemar, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, UZP Warszawa 2004, s. 126

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.
Możliwość zastosowania prawa opcji pozwala wielu zamawiającym na uniknięcie trudnej sytuacji, szczególnie wtedy, gdy zamawiający nie jest pewny w momencie sporządzania SIWZ, jaki zakres zamówienia będzie mu w danej chwili odpowiadał. Może to być zamówienie usługi leasingu z klasyczną opcją zakupu przedmiotu leasingowanego, może to być również zamówienie jakiegokolwiek towaru z opcją zamówienia 10., 20. czy większej części procentowej dodatkowo i w określonym w umowie terminie. Jeżeli zamawiający korzysta z prawa opcji ze względu na niepewną sytuację finansową, pamiętać należy, że zgodnie z opinią Departamentu Prawnego UZP, wydaną jeszcze w czasie obowiązywania ustawy o zamówieniach publicznych, zamawiający *w chwili zawierania umowy o zamówienie publiczne musi mieć zagwarantowane środki na realizację zamówienia.* Oznacza to, że również środkami na zapłatę za zamówienie w ramach prawa opcji zamawiający musi dysponować najpóźniej w chwili zawarcia umowy, inaczej dokona naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

2.7. Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia dynamicznego systemu zakupów

Dynamiczny system zakupów jest ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych , których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne (art. 2 pkt 2a ustawy).
Dynamiczny system zakupów ustanawia się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego system może być ustanowiony na okres dłuższy (art. 102 ust. 2 ustawy).
Wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów (art. 32 ust. 6 ustawy).
Wnioskując o ustanowienie dynamicznego systemu zakupów pracownik merytorycznego wydziału sporządza **„Notatkę służbową”** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2g .**

2.8. Ustalenie wartości szacunkowej umowy ramowej

Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednie przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem (art. 99 ustawy).
Umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy (art. 100 ust. 1 ustawy).
Wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej (art. 32 ust. 7 ustawy).
Wnioskując o zawarcie umowy ramowej pracownik merytorycznego wydziału sporządza **„Notatkę służbową”** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2h .**

2.9. Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane

Zgodnie z postanowieniami art. 33 ustawy wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na:

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 – 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 – Prawo budowlane.

Należy pamiętać, że przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw związanych z wykonywaniem robót budowlanych oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy.

Pamiętać jednak należy, że gdy cena jest jedynym kryterium oceny ofert, niedopuszczalne jest składanie ofert wariantowych .

Pracownik merytorycznego wydziału w tym przypadku sporządza **„Notatkę służbową”** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 2i.**

2.9.1. Przygotowanie kosztorysu inwestorskiego

W odniesieniu do robót budowlanych, zamawiający jest obowiązany posiadać kosztorys inwestorski. Kosztorys inwestorski stanowi podstawę do określenia wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane. Kosztorys inwestorski różni się tym od kosztorysu ofertowego, że nie opiera się na analizie faktycznych kosztów konkretnego wykonawcy - lecz na średnich wskaźnikach kosztów

Kosztorys inwestorski w części obejmującej przedmiar robót w ujęciu kosztorysowym będzie przekazywany w ramach dokumentacji przetargowej wykonawcom do wypełnienia – podania cen jednostkowych robót i oferowanej ceny.

Szacunkowa (średnia) wartość robót, a także ceny jednostkowe wynikające z kosztorysu inwestorskiego, będą stanowiły kryterium porównawcze przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Kosztorys inwestorski opracowuje się metodą kalkulacji uproszczonej. Zasady sporządzania kosztorysu inwestorskiego określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r.

Podstawę sporządzenia kosztorysu inwestorskiego stanowią:

a) dokumentacja projektowa ,
b) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych,
c) założenia wyjściowe do kosztorysowania,
d) ceny jednostkowe robót podstawowych.

Przy ustalaniu cen jednostkowych robót należy stosować w kolejności:

a) ceny jednostkowe robót określone na podstawie danych rynkowych, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych aktualnych publikacji,
b) kalkulacje szczegółowe.

Kosztorys inwestorski obejmuje między innymi **przedmiar robót** (§ 7 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r.).

Kosztorys inwestorski opracowuje samodzielnie lub zleca jego wykonanie wraz ze zleceniem opracowania dokumentacji projektowej właściwy merytorycznie wydział.

Kosztorys inwestorski stanowi podstawę do określenia wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane, pamiętając o tym, że wartość zamówienia określa się bez podatku od towarów i usług (VAT).

2.9.1.1. Przedmiar robót

Definicja przedmiaru robót została ustalona rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. wydanym na podstawie **art. 33 ust. 3 ustawy**. Zgodnie z tą definicją przez **„przedmiar robót” należy rozumieć opracowanie zawierające zestawienie przewidywanych do wykonania robót w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem, miejscem wykonania lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek miar robót podstawowych oraz wskazaniem podstaw do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych.**

Przedmiar robót winien być uszczegółowieniem składających się na dokumentację projektową rysunków i opisów, które to uszczegółowienie pozwoli wykonawcom na jednoznaczne określenie ceny oferty.
Dla osiągnięcia podanego wyżej celu przedmiar robót powinien spełniać następujące wymagania:

1) roboty ujęte w pozycjach przedmiaru robót powinny być pogrupowane wedle wyróżniających je cech naturalnych, miejsca wykonania, kolejności wykonania, charakterystycznych metod wykonania i innych cech, powodujących zróżnicowanie kosztów wykonania tych robót,
2) pozycje przedmiaru powinny być powiązane z odpowiednimi rysunkami oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych – najwłaściwiej by było, gdyby przy każdej pozycji przedmiarowej, w odpowiedniej kolumnie znalazła się informacja o numerach rysunków i specyfikacji technicznych, w oparciu o które dokonano opisu pozycji przedmiarowej i wyliczono ilości przedmiarowe robót,
3) w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót winna być pokazana zasada obliczenia ilości robót ujętych w tych pozycjach,
4) z przedmiaru robót winna wynikać zasada ustalenia cen dla poszczególnych pozycji,
5) jeżeli zamawiający wymaga, aby ceny pewnych robót tymczasowych oraz innych świadczeń wykonawcy, niebędących robotami przekazywanymi zamawiającemu, nie były włączone do cen robót, lecz były przedstawione odrębnie, w przedmiarze robót winny być wydzielone oddzielne pozycje dla takich robót i świadczeń,
6) jeżeli w przypadku pewnych pozycji przedmiaru zamawiający nie ma możliwości jednoznacznego określenia ilości robót, powinien wskazać sposób obliczenia cen robót ujętych w takich pozycjach.

Wprowadzony do **ustawy** wymóg opisania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz dokładne ustalenie rozporządzeniem zawartości tego dokumentu, ukróci, miejmy nadzieję, dotychczasowe złe praktyki zamawiających nie przekazywania wykonawcom w ramach SIWZ posiadanej dokumentacji, a jedynie umożliwianie wglądu do niej w określonym w SIWZ czasie i miejscu. Ułatwi również zamawiającym określanie zawartości tego dokumentu w postępowaniach o zamówienie publiczne, których przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej.
Określając zakres zamówienia na dokumentację projektową zamawiający powinien brać pod uwagę niezbędny stopień uszczegółowienia projektów i opracowań opisujących przedmiot zamówienia na roboty budowlane, tj. taki, aby rysunki i opisy służyły nie tylko do zamówienia robót, ale równie od razu do ich wykonania.
Tak jak w zamówieniach na roboty budowlane zakres robót określony jest przy pomocy przedmiaru robót („ślepego kosztorysu"), w zamówieniach na prace projektowe pożądanym by było, aby zakres dokumentacji projektowej był określony przez zamawiającego w odpowiednim formularzu cenowym. Wyszczególnienie z nazwy wymaganych opracowań projektowych jest konieczne z uwagi na fakt, że zakresy dokumentacji projektowej poza projektem budowlanym, pozostawione zostały do swobodnego kształtowania zamawiającemu zarówno co do nazewnictwa tych dokumentacji, jak również zawartości merytorycznej.
Zawartość przedmiaru robót szczegółowo zostały określone w §§ 6 – 10 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.

3. USTALENIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

W ramach przygotowania zamówienia merytoryczny wydział zobowiązany jest przygotować wykaz warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak sformułować warunki, by móc udzielić zamówienia rzetelnemu wykonawcy? Jakim problemom możemy zapobiec, odpowiednio formułując warunki? Jak postawić warunki, by móc je zweryfikować za pomocą dokumentów, których możemy żądać zgodnie z prawem?
Ustalając warunki udziału wykonawców w postępowaniu oraz wykaz dokumentów potwierdzających ich spełnianie, merytoryczny wydział **zamieszcza stosowną informację odpowiednim punkcie „Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.**

3.1. Jakie możliwości wyeliminowania nierzetelnych wykonawców daje ustawa ?

Przepisy **ustawy** wskazują, pod jakim kątem możemy jako zamawiający sprawdzić wykonawców, którzy przystępują do postępowania. Są to ogólne warunki, które każdorazowo należy uszczegółowić, aby za ich pomocą zweryfikować wykonawców (**art. 22 ustawy**). **Zgodnie z przepisami ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:**

1. Posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności -jeśli są one wymagane przepisami prawa,
2. Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
3. Znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, która zapewnia wykonanie zamówienia,
4. Nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia

Merytoryczny wydział ma dość dużą swobodę w uszczegółowieniu tych warunków tak, by do postępowania przystąpili wykonawcy rzetelni i wiarygodni. Umiejętnie je formułując, może zamawiający sprawdzić wykonawców pod kątem:
1) posiadania uprawnień do wykonania zamówienia,
2) doświadczenia w realizacji zamówień podobnych do planowanego zamówienia,
3) posiadania wiedzy czy kwalifikacji związanych z przedmiotem zamówienia,
4) dysponowania potencjałem technicznym,
5) dysponowania odpowiednią kadrą pracowniczą (konkretną liczbą pracowników),
6) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Rodzaj oraz charakter warunków należy zawsze dobierać indywidualnie do każdego zamówienia. Niestety, nie jest możliwe podanie formuł i praktycznych zapisów odpowiednich do każdego postępowania. Nie ma takich warunków, które sprawdzą się przy każdym rodzaju zamówienia. Formułując warunki udziału w postępowaniu, merytoryczny wydział winien je dobierać odpowiednio do przedmiotu i skali zamówienia, biorąc pod uwagę specyfikę rynku w danej dziedzinie. **Pamiętać należy przy tym, by formułować warunki udziału w postępowaniu z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**. Brak zachowania tych zasad jest bardzo częstym zarzutem formułowanym podczas kontroli dokonywanej przez Regionalną Izbę Obrachunkową lub Najwyższą Izbę Kontroli.

3.2. Sprawdzenie uprawnień wykonawców

Gdy na wykonywanie działalności, która jest przedmiotem zamówienia, wymagane jest posiadanie koncesji, zezwolenia, licencji lub innych uprawnień określonych ustawowo, zamawiający na obowiązek:
1) postawić wykonawcom taki warunek w postępowaniu,
2) żądać, aby wykonawcy przedłożyli dokumenty, które potwierdzą posiadanie uprawnień.

3.2.1. Przykłady uprawnień

Chodzi przykładowo o takie uprawnienia jak:

- **koncesje** (np. koncesja na usługi ochrony – wystawiona na firmę)
- **licencje** (np. licencja pracownika ochrony – wystawiona na osobę fizyczną),
- **zezwolenia** (np. zezwolenie na broń, na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych) lub
- nałożone przez ustawodawcę **ograniczenia** w wykonywaniu danych czynności przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje (dotyczy to między innymi: radców prawnych, adwokatów, geodetów lub osób, które wykonują samodzielne funkcje w budownictwie).

Obowiązek posiadania uprawnień musi wynikać z przepisów prawa. Tylko wtedy będzie można żądać od wykonawców ich przedstawienia. Częstym błędem, który popełniają zamawiający, jest to, że żądają od wykonawców uprawnień, w sytuacji gdy:

- obojętne jest czy zamówienie wykonywać będzie ta czy inna osoba, albo
- ustawy nie nakładają obowiązku ich posiadania.

3.2.1.1. Koncesje

Uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie:

1) poszukiwania lub rozpoznawania złóż kopalin, wydobywania kopalin ze złóż, bezzbiornikowego magazynowania substancji oraz składowania odpadów w górotworze, w tym w podziemnych wyrobiskach górniczych. Wydawanie koncesji reguluje ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze[26]. Koncesje wydaje minister właściwy do spraw środowiska;
2) Wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym. Wydawanie koncesji reguluje ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym[27]. Koncesje wydaje minister właściwy do spraw wewnętrznych;
3) Wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią. Wydawanie koncesji reguluje ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne[28]. Koncesji udziela Prezes Urzędu Regulacji Energetyki.
4) Ochrony osób i mienia. Wydawanie koncesji reguluje ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia[29]. Koncesji udziela minister właściwy do spraw wewnętrznych;
5) Rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych. Wydawanie koncesji reguluje ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji[30];
6) Przewozów lotniczych. Wydawanie koncesji reguluje ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze[31].

Wprowadzenie innych koncesji w dziedzinach działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny jest dopuszczalne tylko w przypadku, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia oraz wymaga zmiany ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Udzielenie, odmowa udzielenia, zmiana i cofnięcie koncesji lub ograniczenie jej zakresu w stosunku do wniosku następuje w drodze decyzji.

---

[26] Dz. U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 z późn. zm.
[27] Dz.U. Nr 67, poz. 679 z późn. zm.
[28] Dz.U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.
[29] Dz.U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221 z późn. zm.
[30] Dz.U. z 2004 r. Nr 253, poz. 2531 z późn. zm.
[31] Dz.U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696.

Koncesji udziela się na czas oznaczony, nie krótszy niż 5 lat i nie dłuższy niż 50 lat, chyba, że przedsiębiorca wnioskuje o udzielenie koncesji na czas krótszy.
Przedsiębiorca, który zamierza podjąć działalność gospodarczą wymagającą uzyskania koncesji, może ubiegać się o przyrzeczenie wydania koncesji, zwane dalej „promesą". W promesie uzależnia się udzielenie koncesji od spełnienia warunków wykonywania działalności gospodarczej wymagającej uzyskania koncesji. W promesie ustala się okres jej ważności, z tym że nie może on być krótszy niż 6 miesięcy.
W okresie ważności promesy nie można odmówić udzielenia koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej określonej w promesie, chyba że:

1) uległy zmianie dane zawarte we wniosku o udzielenie promesy;
2) wnioskodawca nie spełniał wszystkich warunków określonych w promesie;
3) wystąpiły inne okoliczności opisane w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

3.2.1.2. Działalność regulowana

Jeżeli przepis odrębnej ustawy stanowi, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeżeli spełnia szczególne warunki określone przepisami tej odrębnej ustawy i po uzyskaniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej. Przepisy dotyczące prowadzenia działalności regulowanej znajdują się w następujących ustawach:

1. Ustawie z dnia 22 stycznia 2004 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina[32];
2. Ustawie z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin[33];
3. Ustawie z dnia 25 sierpnia 2006 r. o biokomponentach i biopaliwach ciekłych[34]
4. Ustawie z dnia 26 czerwca 2003 r. o nasiennictwie[35];
5. Ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe[36];
6. Ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym[37];
7. Ustawie z dnia 28 października 2002 r. o przewozie drogowym towarów niebezpiecznych[38];
8. Ustawie z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach[39];
9. Ustawie z dnia 18 października 2006 r. o wyrobie napojów spirytusowych oraz rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych[40]
10. Ustawie z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe[41];
11. Ustawie z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie[42];
12. Ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[43];
13. Ustawie z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych[44];
14. Ustawie z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej[45];
15. Ustawie z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej[46];

---

[32] Dz.U. Nr 34, poz. 292 z późn. zm.
[33] Dz.U. z 2004 r. Nr 11, poz. 94 z późn. zm.
[34] Dz.U. Nr 169, poz. 1199 z późn. zm.
[35] Dz.U. z 2007 r. Nr 41, poz. 271
[36] Dz.U. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.
[37] Dz.U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908 z późn. zm.
[38] Dz.U. Nr 199, poz. 1671 z późn. zm.
[39] Dz.U. z 2006 r. Nr 97, poz. 673 z późn. zm.
[40] Dz.U. Nr 208, poz. 1539
[41] Dz.U. Nr 141, poz.1178 z późn. zm.
[42] Dz.U. z 2005 r. Nr 127, poz. 1066 z późn. zm.
[43] Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.
[44] Dz.U. z 2002 r. Nr 12, poz. 110 z późn. zm.
[45] Dz.U z 2001 r. Nr 81, poz. 889 z późn. zm.
[46] Dz.U. z 2001 r. Nr 57, poz. 602 z późn. zm.

16. Ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych[47];
17. Ustawie z dnia 2 marca 2001 r. o wyrobie alkoholu etylowego oraz wytwarzaniu wyrobów tytoniowych[48];
18. Ustawie z dnia 18 stycznia 2001 r. o wyścigach konnych[49];
19. Ustawie z dnia 16 listopada 2000 r. o domach składowych oraz o zmianie Kodeksu cywilnego, Kodeksu postępowania cywilnego i innych ustaw[50];

Organ prowadzący, na podstawie przepisów regulujących daną działalność gospodarczą, rejestr działalności regulowanej dokonuje wpisu na wniosek przedsiębiorcy, po złożeniu przez przedsiębiorcę oświadczenia o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania tej działalności. Oświadczenie składa się na piśmie do organu prowadzącego rejestr działalności regulowanej. Przedsiębiorca podlegający wpisowi do ewidencji może złożyć wniosek wraz z oświadczeniem również we właściwym organie ewidencyjnym, wskazując organ prowadzący rejestr działalności regulowanej.
Organ prowadzący rejestr działalności regulowanej **wydaje z urzędu zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru.**
Rejestr działalności regulowanej jest jawny. Każdy ma prawo dostępu do zawartych w nim danych za pośrednictwem organu, który prowadzi rejestr.
Organ prowadzący rejestr działalności regulowanej jest obowiązany dokonać wpisu przedsiębiorcy do tego rejestru w terminie 7 dni od dnia wpływu do organu wniosku o wpis wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności gospodarczej, dla której rejestr jest prowadzony.

3.2.1.3. Zezwolenia

Wybrane rodzaje działalności gospodarczej wymagającej posiadania **zezwolenia** regulują następujące przepisy:

1. Obrót hurtowy i sprzedaż napojów alkoholowych reguluje ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi[51]. Obrót hurtowy w kraju napojami alkoholowymi o zawartości powyżej 18 % alkoholu może być prowadzony tylko na podstawie zezwolenia przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Obrót hurtowy w kraju napojami alkoholowymi o zawartości do 18 % alkoholu może być prowadzony tylko na podstawie zezwolenia wydanego przez marszałka województwa. Sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia w miejscu lub poza miejscem sprzedaży może być prowadzona tylko na podstawie zezwolenia wydanego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta).
2. Prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych lub gier na automatach reguluje ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych[52]. Zezwolenie na urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych lub gier na automatach udziela minister właściwy do spraw finansów publicznych;
3. Podstawą do korzystania z pomocy publicznej jest zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej na terenie specjalnej strefy ekonomicznej, uprawniające do korzystania z pomocy publicznej. Zezwolenie wydaje minister właściwy do spraw gospodarki zgodnie z

[47] Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 z późn. zm.
[48] Dz.U. Nr 31, poz. 353 z późn. zm.
[49] Dz.U. Nr 11, poz. 86 z późn. zm.
[50] Dz.U. Nr 114, poz. 1191 z późn. zm.
[51] Dz.U. z 2002 r. Nr 147, poz. 1231 z późn. zm.
[52] Dz.U. z 2004 r. Nr 4, poz. 27 z późn. zm.

postanowieniami ustawy z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych[53].

4. Działalność gospodarczą w zakresie:
   a) odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,
   b) opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych,
   c) ochrony przed bezdomnymi zwierzętami,
   d) prowadzenie schronisk dla bezdomnych zwierząt, a także grzebowisk i spalarni zwłok zwierzęcych i ich części.

   Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach[54]. Zezwolenie udzielane jest przez organy gminy.
5. Zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii[55] uprawa maku lub konopi włóknistych wymaga uzyskania zezwolenia, który wydaje wójt (burmistrz, prezydent miasta).
6. Produkcja i dystrybucja tablic rejestracyjnych do pojazdów samochodowych. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym[56]. Zezwolenie wydaje wojewoda.
7. Podejmowanie i prowadzenie działalności w zakresie obrotu papierami wartościowymi i innymi instrumentami finansowymi reguluje ustawa z dnia 25 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi[57]. Zezwolenie wydaje Komisja Nadzoru Finansowego.
8. Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych[58]reguluje tworzenie funduszy emerytalnych. Fundusz może być tworzony wyłącznie przez towarzystwo. Utworzenie funduszu wymaga uzyskania przez towarzystwo zezwolenia na utworzenie funduszu. Zezwolenie wydaje Komisja Nadzoru Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych;
9. Podejmowanie i wykonywanie działalności bankowej. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe[59]. Zezwolenia wydaje Komisja Nadzoru Bankowego;
10. Działalność polegająca na świadczeniu lub udostępnianiu usług telekomunikacyjnych oraz eksploatacji sieci telekomunikacyjnych. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne[60]. Zezwolenie wydaje Prezes Urzędu Telekomunikacji i Poczty.
11. Unieszkodliwianie odpadów komunalnych i niebezpiecznych. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach[61]. Zezwolenie wydaje starosta lub wojewoda w zależności od rodzaju przedsięwzięć;
12. Działalność gospodarcza w zakresie instalacji lub napraw przyrządów pomiarowych. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 11 maja 2001 r. – Prawo o miarach[62]. Zezwolenia wydaje Prezes Głównego Urzędu Miar.
13. Działalność wodociągowo – kanalizacyjna w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków . Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków[63]

---

[53] Dz.U. z 2007 r. Nr 42, poz. 274.
[54] Dz.U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008 z późn. zm.
[55] Dz.U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.
[56] Dz.U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908 z późn. zm.
[57] Dz. U. Nr 183, poz. 1538 z późn. zm.
[58] Dz.U. z 2004 r. Nr 159, poz. 1667 z późn. zm.
[59] Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.
[60] Dz.U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.
[61] Dz.U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 z późn. zm.
[62] Dz.U. z 2004 r. Nr 243, poz. 2441 z późn. zm.
[63] Dz.U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858 z późn. zm.

14. Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o organizmach genetycznie zmodyfikowanych[64] stanowi, że wprowadzanie do obrotu na terytorium RP produktów organizmów genetycznie zmodyfikowanych wymaga zezwolenia ministra, wydawanego na wniosek użytkownika organizmów genetycznie zmodyfikowanych. Ministrem właściwym w sprawie wydania zezwolenia jest minister właściwy do spraw środowiska.
15. Produkcja, handel hurtowy i detaliczny artykułami farmaceutycznymi . Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne[65]. Zezwolenie na wytwarzanie produktu leczniczego wydaje Główny Inspektor Farmaceutyczny. Zezwolenie na obrót detaliczny produktami leczniczymi w aptekach wydaje wojewódzki inspektor farmaceutyczny. Zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej wydaje Główny Inspektor Farmaceutyczny;
16. Zezwolenia na przewozy regularne i regularne specjalne w transporcie drogowym. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym[66]. Zezwolenie wydaje, w zależności od zasięgu przewozów, wójt – na obszarze gminy, burmistrz albo prezydent miasta – na liniach komunikacyjnych w komunikacji miejskiej, starosta – na obszarze powiatu, marszałek województwa – na obszarze większym od jednego powiatu;
17. Działalność gospodarczą w zakresie rybołówstwa reguluje ustawa z dnia 19 lutego 2004 r. o rybołówstwie[67]. Wykonywanie rybołówstwa morskiego wymaga specjalnego zezwolenia połowowego. Specjalne zezwolenie połowowe wydaje:
    - minister właściwy do spraw rolnictwa na połowy w polskie wyłącznej strefie ekonomicznej, na morzu terytorialnym, w Zatoce Puckiej i w Zatoce Gdańskiej oraz poza polskim obszarami morskimi,
    - właściwy okręgowy inspektor rybołówstwa morskiego na połowy w Zalewie Wiślanym, w Zalewie Szczecińskim, na obszarze Zalewu Kamieńskiego i Jeziora Dąbie.

    Prowadzenie skupu lub przetwórstwa organizmów morskich w polskich obszarach morskich wymaga zezwolenia wydanego przez ministra właściwego do spraw rolnictwa.

    Połowy organizmów morskich na polskich obszarach morskich w celach naukowo – badawczych albo szkoleniowych mogą być prowadzone po uzyskaniu pozwolenia właściwego okręgowego inspektora rybołówstwa morskiego.

    Prowadzenie chowu lub hodowli ryb i innych organizmów morskich wymaga uzyskania zezwolenia ministra właściwego do spraw rolnictwa.
18. Lotnisko można założyć na podstawie przepisów ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze[68]. Lotnisko można założyć po uzyskaniu zezwolenia udzielonego przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego;
19. Instytucja pieniądza elektronicznego może być utworzona i prowadzić działalność w formie spółki akcyjnej na podstawie zezwolenia Komisji Nadzoru Bankowego. Zasady wydawania i używania elektronicznych instrumentów płatniczych, w tym instrumentów pieniądza płatniczego reguluje ustawa z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych[69];

---

[64] Dz.U. z 2007 r. Nr 36, poz. 233.
[65] Dz.U. z 2004 r. Nr 53, poz. 533 z późn. zm.
[66] Dz.U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2088 z późn. zm
[67] Dz.U. Nr 62, poz. 574 z późn. zm.
[68] Dz.U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696.
[69] Dz.U. Nr 169, poz. 1385 z późn. zm.

20. Wykonywanie działalności ubezpieczeniowej. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej[70]. Zezwolenie wydaje Urząd Komisji Nadzoru Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych;
21. Pośrednictwo ubezpieczeniowe – wykonywane jest przez agentów ubezpieczeniowych lub brokerów ubezpieczeniowych. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym[71]. Zezwolenie wydaje minister właściwy do spraw finansów;
22. Wykonywanie działalności pocztowej w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczenia przesyłek. Wydawanie zezwoleń reguluje ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe[72]. Zezwolenie wydaje Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty;
23. Produkcja i przetwarzanie wyrobów akcyzowych zharmonizowanych mogą odbywać się wyłącznie w składzie podatkowym. Prowadzącym skład podatkowy może być wyłącznie podmiot, któremu wydano zezwolenie na prowadzenie składu podatkowego. Zezwolenie na prowadzenie składu podatkowego na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym[73] wydaje właściwy naczelnik urzędu celnego na pisemny wniosek zainteresowanego podmiotu;
24. Fundusz inwestycyjny może być utworzony wyłącznie przez towarzystwo, po uzyskaniu zezwolenia Komisji Papierów Wartościowych i Giełd na zasadach określonych w przepisach stawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych[74];
25. Uzyskanie zezwolenia albo dokonania zgłoszenia wymaga wykonywanie działalności związanej z narażeniem na działanie promieniowania jonizującego, określonej w ustawie z dnia 29 listopada 2000 r. – Prawo atomowe[75].
26. Zezwolenia wymaga wykonywanie planów urządzania lasów na podstawie ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach[76].
27. Zezwolenia wymga hodowla zwierząt laboratoryjnych lub dostarczanie zwierząt doświadczalnych zgodnie z ustawą z dnia 21 stycznia 2005 r. o doświadczeniach na zwierzętach[77]
28. Prowadzenie warsztatu obsługującego tachografy cyfrowe wymaha zezwolenia na podstawie ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o systemie tachografów cyfrowych[78].

3.2.1.4 Licencje

Uzyskania **licencji** wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w przepisach:

1. Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym[79];
2. Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym[80].

Uzyskanie **zgody** wymaga prowadzenie systemu płatności lub systemu rozrachunku papierów wartościowych w zakresie określonym w przepisach ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami[81].

---

[70] Dz.U. Nr 124, poz. 1151 z późn. zm.
[71] Dz.U. Nr 124, poz. 1154 z późn. zm.
[72] Dz.U. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.
[73] Dz.U. Nr 29, poz. 257 z późn. zm.
[74] Dz.U. Nr 146, poz. 1546 z późn. zm.
[75] Dz.U. z 2007 r. Nr 42, poz. 276.
[76] Dz.U. z 2005 r. Nr 45, poz. 435 z późn. zm.
[77] Dz.U. Nr 33, poz. 289
[78] Dz. U. Nr 180, poz. 1494
[79] Dz.U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2088 z późn. zm.
[80] Dz.U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94.
[81] Dz. U. Nr 123, poz. 1351 z późn. zm.

Organy zezwalające, udzielające licencji i udzielające zgody oraz wszelkie warunki wykonywania działalności objętej zezwoleniami, licencjami oraz zgodami, a także zasady i tryb wydawania **decyzji** w sprawach zezwoleń, licencji i zgód określają przepisy ustaw, o których mowa wyżej. Jeżeli przepisy regulujące daną działalność gospodarczą stanowią, że wydawanie, odmowa wydania, zmiana zakresu i cofanie koncesji i zezwoleń, a także prowadzenie rejestrów działalności regulowanej należy do zadań organów jednostek samorządu terytorialnego, to zadania te są wykonywane jako zadania zlecone z zakresu administracji rządowej.

3.2.1.5. Podmioty prowadzące działalność zastrzeżoną dla określonego zawodu

Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej przyznały status przedsiębiorcy większości wolnych zawodów takich jak: psycholog, pielęgniarka, położna, lekarz, kontroler podatkowy czy inspektor kontroli ubezpieczeniowej.
Z uwagi na fakt, że cechą charakterystyczną powyższych zawodów jest to, że są to zawody zaufania publicznego, przepisy wyżej wymienionej ustawy określiły jednocześnie warunki wykonywania tych zawodów, przesądzając w wielu przypadkach o jej reglamentowanej formie.

3.3 Kto musi przedstawić uprawnienia ?

Na podstawie warunku dotyczącego uprawnień wykonawców nie można żądać, aby przedłożyli oni dyplomy i zaświadczenia o ukończonych kursach i szkoleniach. Wprawdzie podnoszą one jakość oferowanych usług jednak jeżeli nie są wymagane ustawowo, to ich brak nie może blokować wykonawcom dostępu do realizacji zamówienia.
Uprawnienia muszą przedstawić:

- **firmy** (wykonawcy) bądź
- **osoby** fizyczne, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (a jest np. pracownikiem wykonawcy).

To, do kogo skierować wymagania dotyczące uprawnień, określają odpowiednie ustawy, które wprowadzają dany wymóg. Precyzując swoje wymagania, należy wskazać, kto musi spełniać dany warunek (firma czy osoba fizyczna). Oczywiście nie jest to konieczne, ale ułatwi pracę wykonawcom, którzy przystępują do postępowania.
Jeśli uprawnienia do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia były wymagane prawem, a zamawiający zapomniał ich zażądać, postępowanie obarczone jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. W takim przypadku **należy postępowanie unieważnić** (**art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy**) i ogłosić ponownie ze zmienionymi warunkami. W przeciwnym razie zamawiający naraża się na protesty zarówno tych wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania (bo nie złożyli dokumentów, których nie zażądał zamawiający), jak i tych „sprytniejszych", którzy (mimo że nie było to wymagane) dołączyli do oferty uprawnienia i będą chcieli pozbyć się z postępowania konkurencji.

3.4. Jak sformułować warunek dotyczący posiadania uprawnień przez wykonawcę ?

Wymóg dotyczący uprawnień można sformułować:

- ogólnie lub
- uszczegółowić go, podając np. konkretną liczbę posiadanych zezwoleń na broń lub liczbę osób, które powinny posiadać uprawnienia budowlane.

Można zatem zapisać warunek **ogólnie,** np. *Wykonawca powinien dysponować przynajmniej 4 osobami posiadającymi uprawnienia geodezyjne* albo **precyzyjnie** określić, kto i w jakim zakresie powinien dysponować takimi uprawnieniami, np. *Wykonawca powinien dysponować osobami, które posiadają uprawnienia do realizacji zamówienia, tj.*

1) *kierownikiem projektu, który posiada uprawnienia w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji,*
2) *geodetą, który posiada uprawnienia do wykonywania pomiarów sytuacyjno-wysokościowych.*

3.5. Doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu podobnych zamówień

Można przypuszczać, że jeśli wykonawca poprzednie zamówienie podobne wykonał terminowo, rzetelnie oraz z należytą starannością, równie dobrze poradzi sobie z zamówieniem przygotowywanym przez merytoryczny wydział. Dlatego często warto sprawdzić doświadczenie wykonawców w realizacji zamówień, żądając, aby przedstawili odpowiednie wykazy prac, które wykonali wcześniej.
Jeśli wykonawcy nie udokumentują swojego doświadczenia, należy wykluczyć z postępowania. Aby móc to zrobić, merytoryczny wydział musi jednak precyzyjnie określić swoje wymagania. Żądając jedynie wykazu wykonanych zamówień i nie stawiając przy tym konkretnego warunku dotyczącego doświadczenia, nie będzie można wykluczyć niepożądanych wykonawców z postępowania. Dopiero gdy postawione będą konkretne wymagania np. co do liczby, rodzaju lub wartości wykonywanych wcześniej zamówień, będzie można zweryfikować wykonawców pod kątem posiadanego doświadczenia.

3.5.1. Zasady opisu warunku doświadczenia

Ustalając wymagania dotyczące doświadczenia wykonawcy, należy pamiętać o zasadach:

1) równego traktowania,
2) proporcjonalności i
3) uczciwej konkurencji.

Precyzując wymagania w stosunku do doświadczenia wykonawcy, należy trzymać się „złotego środka". Określić warunek **możliwie precyzyjnie**, tak aby ani wykonawcy, ani tym bardziej Komisja Przetargowa nie mieli wątpliwości, którzy wykonawcy spełniają postawione wymogi . Jednocześnie, **nie należy zakreślać kręgu interesujących zamówień zbyt wąsko, bo można bowiem spotkać się z protestami wykonawców.**
Jeżeli zamawiający chce wybudować szkołę, zdolne do wykonania zamówienia będą nie tylko firmy, które w przeszłości poradziły sobie z budową takiego obiektu. Dopuścić można do postępowania również tych wykonawców, którzy przedstawią dokumenty świadczące o należytym wykonaniu budynku o podobnym charakterze, kubaturze lub wartości np. szpitala.
Podobnie, jeżeli wykonawca zrealizował dostawę np. 100 komputerów do różnych lokalizacji na terenie całej Polski lub za granicę, prawdopodobnie równie dobrze poradzi sobie z dostawą 200 drukarek.

3.5.2. Określenie, co to jest „podobny" charakter

Gdy zamawiający żąda informacji o doświadczeniu, **nie powinien nadużywać sformułowania „zamówienia o podobnym charakterze",** nie określając, co tak naprawdę rozumie przez „podobny charakter". Wykonawcy mogą inaczej niż zamawiający interpretować te zapisy. Napisać należy precyzyjnie, czy „podobny" charakter zamówienia to:

- taki o **wartości** zbliżonej do wartości kontraktowanych obecnie dostaw, usług lub robót budowlanych,
- taki, którego **przedmiot** zamówienia jest podobny (np. szkolenia),
- taki o podobnym **zakresie** zamówienia (np. kubaturze obiektu budowlanego, przeznaczeniu lub stopniu skomplikowania).

Wszelkie niedomówienia w tym zakresie będą powodować późniejsze problemy.
Merytoryczny wydział winien zastanowić się, czy zamówienie, które jest przedmiotem postępowania, nie jest na tyle rzadkie, że praktycznie uniemożliwia wykazanie się podobnym doświadczeniem przez wielu wykonawców. Również w sytuacji gdy zamówienie nie jest typowe dla danej branży, nie należy wymagać doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, bo można narazić się na protesty.

Organizując np. postępowanie o zamówienie usługi rewitalizacji zabytkowego muru miejskiego wraz z aranżacją otoczenia, nie należy wymagać od wykonawcy, by wykazał się doświadczeniem w rewitalizacjach murów miejskich. Prawdopodobnie niewielu wykonawców ma takie doświadczenia.
Należy wówczas zakreślić ogólne wymagania, postawić oddzielne warunki obejmujące tylko część zamówienia lub też obniżyć skalę dotychczasowych przedsięwzięć, które potwierdzą zdolności wykonawców. Zamiast np. wymagać doświadczenia w wykonywaniu rewitalizacji murów miejskich, należy poprosić o wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat robót budowlanych, na które składają się prace rewitalizacyjne (rozumiane jako np.: budowa kolektora deszczowego wraz z przyłączami, budowa fontanny wraz z siecią wodociągową i 2 studniami rewitalizacyjnymi, budowa schodów terenowych, montaż ławek, urządzanie zieleni).
Warunki dotyczące doświadczenia postawić należy w inny sposób w zależności od tego czy zamówienie dotyczy:

- dostaw lub usług czy
- robót budowlanych

3.5.2.1.Problemy z definicją[82]

Poprawne skonstruowanie specyfikacji wraz z precyzyjnie określonymi warunkami to gwarancja szybkiego i bezbolesnego przejścia przez procedurę, a co najważniejsze – przejście zgodnie z prawem.
Jednym z warunków, jaki musi spełnić wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest, zgodnie z **art. 22 ust. 1 ustawy** posiadanie niezbędnego doświadczenia do wykonania zamówienia.
Każdy zamawiający, precyzując warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy, winien przede wszystkim określać ów warunek adekwatnie do przedmiotu zamówienia. W myśl **art. 7 ust. 1 ustawy**, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców". Zamawiający zobligowani są więc do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równości wobec wszystkich stających do przetargu wykonawców. Zachowanie tych dwóch zasad leży w interesie nie tylko samych ubiegających się o zamówienia wykonawców, lecz również w interesie zamawiających, którzy w przypadku zbyt wygórowanych wymogów mogą natrafić na sprzeciw wykonawców w postaci protestu, co w razie nieuznania racji wykonawcy doprowadzić może do unieważnienia postępowania.
W przypadku nieprecyzyjnego określenia warunku zamawiający mogą otrzymać oferty od wykonawców, którzy nie posiadają wymaganego doświadczenia do wykonania zadania.
Jednym z określeń, chyba ostatnio najczęściej stosowanym przez zamawiających przy określaniu wymogu doświadczenia wykonawcy, jest „wykonanie w okresie ostatnich ... lat (w zależności, czy są to dostawy, usługi czy roboty budowlane) zamówienia (bądź pewnej ilości zamówień) tożsamego z przedmiotem zamówienia". W wielu przypadkach po przytoczonym powyżej zdaniu następuje: tj ... i tu zamawiający precyzują „co autor miał na myśli", czyli jakie zamówienia będzie uważał za tożsame.
Przykład 1
Przedmiotem zamówienia była wymiana stolarki okiennej drewnianej na okna z PCV w budynku biurowym. W opisie warunków udziału w postępowaniu zamawiający zapisał m.in.:
„Wykonawca ma wykazać, że zgodnie z **art. 22 ust.l pkt 2 ustawy** wykonał w ciągu ostatnich pięciu lat (2003-2007), a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty tożsame z przedmiotem zamówienia, tj. może wykazać się wykonaniem co najmniej jednej roboty o wartości min. 600 tys. zł brutto, polegającej na wymianie stolarki okiennej z PCV".
Przykład 2

---

[82] Olszowska Aneta, *Problemy z definicją*, „Przetargi Publiczne" Nr 1(2) styczeń 2006, s. 14 -15

W przypadku usług dotyczących sprzątania pomieszczeń w czterech budynkach użyteczności publicznej, zamawiający w ogłoszeniu i specyfikacji zapisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawców, którzy „zrealizowali w ciągu ostatnich trzech lat w co najmniej czterech obiektach usługi tożsame z zakresem niniejszego zamówienia, tj. wykonali usługi w zakresie sprzątania pomieszczeń w obiektach użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 5 tys. mkw. każdy".
W pierwszym przypadku zamawiający odnosi się do wykonania robót tożsamych, czyli dotyczących wymiany okien z PCV o określonej minimalnej wartości. Tak sprecyzowany warunek jasno określa wymóg wobec wykonawcy. Przykład drugi natomiast wskazuje minimalny zakres wykonanych usług, jakie miał zrealizować wykonawca, a które zamawiający uzna jako należyte doświadczenie. Zamawiający chce tutaj wiedzieć, jaka była historia realizacji zamówień przez wykonawcę wyłącznie na przestrzeni ostatnich trzech lat, tak więc nie interesują go wykonawcy, których okres działalności jest krótszy. Poza tym w obu przypadkach podane minimalne wymagania odnoszą się do przedmiotu zamówienia i nie powinny być uważane za zbyt wygórowane.
Niestety, zamawiający nie zawsze precyzyjnie określają swoje oczekiwania, a tym samym pozostawiają wykonawcom dowolną interpretację swoich wymogów odnośnie tego, czy coś jest tożsame z przedmiotem zamówienia, czy też nie jest.
Z definicji zawartej w „Słowniku języka polskiego PWN" wynika, że „tożsamy" to niczym nie różniący się, taki sam lub ten sam, identyczny, w matematyce natomiast tożsame znaczy równoznaczne.
Biorąc pod uwagę przedstawione definicje, w przypadku określenia przez zamawiającego wymogu doświadczenia w wykonaniu robót, dostaw bądź usług tożsamych z przedmiotem zamówienia wykonawca musiałby wykazać, że zrealizował zamówienia identyczne pod każdym względem w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Tak było w przypadku przetargu, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie oczyszczalni ścieków o przepustowości 105 m sześć./dobę. Jako warunek udziału w postępowaniu zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu przynajmniej trzech robót budowlanych tożsamych z przedmiotem zamówienia. Nie określił natomiast, czy każda z oczyszczalni miała mieć przepustowość 105 m sześc./dobę, czy też wszystkie oczyszczalnie łącznie. Jeden z wykonawców przedstawił w ramach doświadczenia, że wykonał trzy oczyszczalnie o przepustowości 16 m sześc./dobę każda. Zamawiający stwierdził, że wykazane doświadczenie jest niezgodne z wymogami zawartymi w SIWZ i wykluczył wykonawcę z postępowania. Wykonawca, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, wniósł protest, a po jego oddaleniu odwołanie do Prezesa UZP.Biorąc pod uwagę przytoczone wcześniej definicje słowa „tożsame" wykonawca startujący w wymienionym przetargu winien wykazać się doświadczeniem w wykonaniu 3 oczyszczalni o przepustowości 105 m sześc./dobę każda.
Patrząc w ten sposób na sprawę można polemizować, co by było w przypadku, gdyby wykonawca wykazał się doświadczeniem w realizacji oczyszczalni **o** przepustowości np. 300 m sześc./dobę. Niby doświadczenie lepsze od wymaganego, ale jednak nie tożsame.
Jakkolwiek wystarczyłoby, gdyby zamawiający w opisie warunków udziału w postępowaniu zamieścił np. taki zapis: „Wykonawca musi posiadać doświadczenie w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat, a jeśli okres jego działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzech robót budowlanych obejmujących swym zakresem zaprojektowanie i wybudowanie oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 105 m sześc./dobę każda/łącznie".
Określenie: „doświadczenie w wykonaniu zamówienia o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia" różni się od poprzedniego tylko jednym słowem, jednak bardzo istotnym. Termin „charakter" jest to bowiem, według definicji zawartej w słowniku, zespół cech właściwych danemu przedmiotowi lub zjawisku, odróżniających je od innych przedmiotów i zjawisk tego samego rodzaju; wygląd, postać. Dlatego też wymagając od wykonawcy doświadczenia w wykonaniu zamówień o charakterze tożsamym zamawiający nie ogranicza wykonawcy, jak w poprzednim przypadku, do wykonania zamówień identycznych, ale o charakterze identycznym z przedmiotem zamówienia.

I tak, gdyby w przypadku postępowaniu którego przykład podałam powyżej, zamawiający wymagał wykonania trzech robót o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia, wykonawca mający doświadczenie w wykonaniu projektu i budowy trzech oczyszczalni o przepustowości 16 m sześc./dobę spełniałby warunek udziału w postępowaniu, gdyż ze względu na cel, pełnioną i funkcję oraz konstrukcję obiekty te mają tożsamy charakter.
Przykład zastosowania takiego określenia często występuje przy robotach budowlanych. Pewien zamawiający tak określił warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy w postępowaniu, którego przedmiotem było wybudowanie 4-kondygnacyjnego budynku szkoły:
„W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres działalności firmy trwa krócej, to w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia". Wszystko wydaje się jasne, ale rodzi się pytanie: co zamawiający zrobi w przypadku otrzymania oferty od wykonawcy, który w wymaganym okresie wybudował jednokondygnacyjny budynek szkolny? W tym przypadku będzie musiał uznać takiego wykonawcę za spełniającego warunek, gdyż wykazał on, że wykonał robotę budowlaną o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia. Istnieją jednak pewne obawy, czy wykonawca z takim doświadczeniem poradzi sobie z realizacją zadania.
Tradycyjnie przywołam słownikowe definicje tych określeń:

- „podobny" to mający pewne cechy zbieżne, prawie identyczne z czymś,
- „zbliżony" (w użyciu przymiotnikowym) to mający podobne cechy, właściwości; niewiele się różniący, podobny.

Te dwa terminy mają bardzo podobne definicje i są najmniej precyzyjnymi określeniami używanymi przez zamawiających. Jak wiemy, uznanie, że coś jest podobne do czegoś, jest rzeczą względną. Dla jednego np. wybudowanie basenu może być robotą budowlaną podobną do wybudowania sali gimnastycznej, gdyż jedno i drugie to przecież obiekty sportowe, a więc mające pewne cechy wspólne. Nie zawsze jednak wykonawca, który posiada w swoim doświadczeniu jedynie budowę sali gimnastycznej, zagwarantuje nam prawidłowe wykonanie zamówienia, jakim będzie budowa basenu.

Przykład 3

W przetargu na usługi w zakresie administrowania budynkiem szkoły podstawowej, polegające na utrzymaniu czystości i porządku wewnątrz i na zewnątrz obiektu, a także wykonaniu prac konserwatorskich, zamawiający następująco sformułował warunek udziału w postępowaniu: „W przetargu może brać udział wykonawca, który w latach 1999-2004 wykonywał usługi podobne do przedmiotu przetargu, tj. w przeciągu minimum trzech lat administrował obiektem szkolnym lub biurowym o pow. użytkowej obiektu nie mniejszej niż 10 tys. mkw.". W tym przypadku zamawiający, tak jak w przykładzie 1 i 2, wyjaśnia wykonawcom, jakie usługi będą uznane za podobne do przedmiotu zamówienia, określając minimalny okres trwania wykonanych usług oraz ich zakres.

Przykład 4

Niestety, pojawiają się też ogłoszenia z tak sformułowanymi warunkami:
„W postępowaniu mogą uczestniczyć wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzy roboty budowlane zbliżone do przedmiotu zamówienia". Przedmiotem zamówienia była tu budowa oświetlenia ulicznego, polegająca na wykonaniu sieci kablowej do istniejących szaf oświetleniowych oraz posadowienie nowych słupów oświetleniowych z oprawami.
Pomijając fakt, że zamawiający ogranicza doświadczenie wykonawcy do trzech lat, to naraża się na możliwość otrzymania ofert od wykonawców, którzy nie będą posiadali wystarczającego doświadczenia. Nie określa bowiem, w jakim stopniu mają być zbliżone te trzy roboty do przedmiotu zamówienia. Czy jedynie w zakresie przedmiotowym, czy też wartościowym? Nie precyzuje także, jakie roboty uzna za zbliżone do przedmiotu zamówienia, a jakie nie będą zaliczone do robót zbliżonych.
W praktyce problemy pojawiają się zazwyczaj po złożeniu ofert, kiedy to okazuje się, że wykonawca(y) nie mają, zdaniem zamawiającego, dostatecznego doświadczenia i zostają wykluczeni z

postępowania. Na ogół taka sytuacja prowadzi do wydłużenia procedur i udzielania zamówień publicznych **i** może być przyczyną wielu niepotrzebnych komplikacji.

3.5.3. Jak sprawdzić doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu dostaw lub usług ?

W przypadku dostaw lub usług można wymagać od wykonawców, którzy przystępują do postępowania, aby wykazali, że np.:
1) wykonali **konkretną liczbę** podobnych zamówień (np. 5 dostaw sprzętu komputerowego),
2) wykonali zamówienia opiewające **na konkretną podaną kwotę** (np. co najmniej 2 dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 45.000 zł każda),
3) **przedmiot (rodzaj) wykonanego przez nich zamówienia** lub zamówień był zbliżony do zamówienia. Należy przy tym konkretnie wskazać, co rozumie się pod pojęciem „zbliżony" lub „tożsamy", a więc np. określić, że chodzi o sprzęt komputerowy, urządzenia medyczne czy np. usługi szkoleniowe z zakresu kierowania projektami),
4) wykonali zamówienia o **konkretnym stopniu złożoności** (np. stworzyli stronę internetową wykorzystującą techniki sklepu internetowego)
5) przy wykonywali poprzedniego zamówienia wykonali **konkretne zadania** (np. druk publikacji, dostawa i montaż specjalistycznego sprzętu, wykonanie bazy danych).

W przypadku dostaw tomografów komputerowych o wartości szacunkowej około 300 000 zł warunek mógłby obejmować następujące elementy:
O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich trzech lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizowali z należytą starannością przynajmniej 2 dostawy sprzętu medycznego na kwotę 150 000 zł każda.

3.5.4.Okres doświadczenia

Aby zweryfikować doświadczenie wykonawcy w zakresie dostaw i usług, merytoryczny wydział może żądać, by wykonawca przedstawił wykaz doświadczenia **z okresu ostatnich 3 lat.** Okres 3 lat będziesz liczyć, poczynając od upływu terminu składania ofert.
Okres 3 lat jest to termin, który wskazuje rozporządzenie w sprawie dokumentów. Nie można wymagać od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem w czasie krótszym lub dłuższym niż 3 lata.
Tylko w przypadku gdy czas, w którym wykonawca prowadzi działalność, jest krótszy niż 3 lata, może on przedstawić wykaz doświadczenia z krótszego okresu.

3.5.5 Jak sformułować warunek ?

Prawidłowo sformułowany warunek dotyczy doświadczenia w wykonywaniu usług lub dostaw może brzmieć:
Wykonawca musi wykazać, że posiada doświadczenie w realizacji co najmniej ... (podać należy konkretną liczbę) *zamówień, o wartości co najmniej...* (podać należy konkretną wartość), *polegających na przygotowaniu oraz przeprowadzeniu...* (podać należy rodzaj zamówień, np. szkolenie) *w zakresie...* (podać należy tematykę).
lub też:
O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy dysponujący doświadczeniem - rozumianym jako zrealizowanie co najmniej... (podaj liczbę zrealizowanych zamówień) *podobnych zamówień, za które przyjmuje się zamówienia o następujących parametrach:...* (wydział merytoryczny winien przedstawić listę wymagań).
Na potwierdzenie powyższych warunków wykonawca przedstawi wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat dostaw (lub usług), *a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym*

okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy (lub usługi) *te zostały wykonane należycie.*

3.5.6. Warunek doświadczenia przy robotach budowlanych

Formułując warunek dotyczący robót budowlanych, można wymagać, aby wykonawcy, którzy przystępują do postępowania, wykazali np. że wykonali:
1) konkretną liczbę podobnych zamówień,
2) zamówienia, które przekraczały podaną przez zamawiającego kwotę,
3) prace budowlane o określonym stopniu złożoności,
4) prace budowlane dotyczące konkretnej kubatury obiektu lub części obiektu,
5) prace budowlane dotyczące obiektu budowlanego o konkretnym przeznaczeniu.

3.5.6.1. Jak sformułować wniosek ?

W przypadku robót budowlanych, których przedmiotem jest przebudowa zieleńca wraz z wykonaniem robót budowlano – montażowych oraz towarzyszących o wartości szacunkowej zamówienia 1.000.000 zł postawiony warunek mógłby obejmować następujące elementy:
O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizowali budowę lub kompleksową przebudowę minimum 2 obiektów takich jak: park, zieleniec, ogródek jordanowski, deptak reprezentacyjny, plac miasta, teren rekreacyjny przed obiektami handlowymi, teren kąpielisk o wartości robót nie mniejszej niż 700.000 zł każda – w ramach której wykonywane były następujące prace: roboty nawierzchniowe, oświetlenie terenu, elementy małej architektury oraz pielęgnacja zieleni.
W przypadku zamówienia na pokrycie dachu warunek może brzmieć:
Wykonawca musi wykazać, że zrealizował w ciągu ostatnich 5 lat minimum 3 roboty związane z budową lub remontem dachów krytych papą o powierzchni nie mniejszej niż 400 m^2.
Dla obydwu powyższych warunków można fragment:
Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawca przedstawi wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania, jak również dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane należycie.

3.5.6.2. Okres doświadczenia

Gdy zamówienie dotyczy robót budowlanych, można żądać od wykonawcy, aby przedstawił wykaz robót wykonanych **w okresie ostatnich 5 lat.** Pamiętać należy, że zamawiający nie może wydłużać ani tym bardziej skracać wskazanego w rozporządzeniu terminu. Tezę tę potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów: zamawiający zorganizował postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę obwodnicy w ciągu drogi krajowej. Wykonawca wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na określeniu w SIWZ warunku, który utrudnia uczciwą konkurencję. Zamawiający wymagał mianowicie od wykonawców, aby posiadali doświadczenie w realizacji (jako główny wykonawca), w okresie ostatnich 3 lat co najmniej jednego podobnego zamówienia o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zamówienia, które było przedmiotem postępowania. Zespół Arbitrów zgodził się, że **Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,**

żądając od oferentów, aby przedłożyli wykaz wykonanych robót za okres nie 5 lat, lecz 3 - licząc od dnia ogłoszenia przetargu o zamówienie publiczne[83].
Liczą się roboty budowlane, które zostały zakończone w ciągu 5 lat przed wszczęciem postępowania – orzekli arbitrzy w jednym z postępowań odwoławczych. *W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego firma budowlana na dowód doświadczenia dołącza do oferty wykaz zrealizowanych wcześniej inwestycji*[84]. *W przetargu na rozbudowę oczyszczalni ścieków w Gdańsku zamawiający wymagał, aby firmy wykonały w ciągu ostatnich pięciu lat roboty budowlane o łącznej wartości 50 mln zł, w tym co najmniej jedną o wartości 7 mln zł. Jeden z wykonawców zakwestionował wykaz złożony przez konkurencję. Jego zdaniem niektórych z inwestycji zamawiający nie powinien uznać, gdyż zostały rozpoczęte wcześniej niż przed pięcioma laty liczonymi od dnia wszczęcia przetargu. Arbitrzy rozstrzygający ten spór nie zgodzili się z tym zarzutem. Ich zdaniem w wykazie robót mają prawo się znaleźć wszystkie prace zakończone w ciągu ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania. Nie ma znaczenia, kiedy zostały rozpoczęte. Przewodniczący składu orzekającego zwrócił uwagę, że rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, mówi o wykazie wykonanych robót budowlanych, nie definiując tego pojęcia. Dlatego należy się odnieść do przepisów Kodeksu cywilnego, który w art. 471 posługuje się pojęciem wykonania zobowiązania. W doktrynie wykonanie zobowiązania utożsamiane jest z momentem, w którym wykonawca spełnił świadczenie. Do doświadczenia wykonawcy mogą być zaliczone roboty budowlane, gdy zostały zakończone w ciągu pięciu lat przed wszczęciem postępowania, bez względu na datę ich rozpoczęcia (sygn. akt UZP/ZO/0-439).*

3.6. Żądanie wykazu doświadczenia oraz referencji

Aby sprawdzić, czy wykonawcy rzeczywiście mają doświadczenie w wykonywaniu podobnych do zamówień, zamawiający może żądać od nich, by przedstawili:

- wykaz wykonanych zamówień oraz
- referencje (lub inny dokument, który potwierdzi jakość wykonanych zamówień).

Wykonawcy powinni przygotować zestawienie swojego doświadczenia w taki sposób**,** by wykazać, że spełniają postawiony im warunek.
Oprócz wykazu wykonanych zamówień poprosić należy też wykonawców, by przedłożyli dokumenty, które potwierdzą, że zawarte w wykazie dostawy, usługi lub roboty budowlane zostały należycie wykonane – np. **referencje, listy, rekomendacje, protokoły odbioru prac.** Dzięki temu Komisja Przetargowa będzie mogła sprawdzić, czy kontrahenci, którzy współpracowali wcześniej z danym wykonawcą, byli zadowoleni z jego pracy.

3.6.1. Jak sformułować warunki dotyczące doświadczenia? Oto przykłady:

Prawidłowo sformułowany ogólny warunek dotyczący doświadczenia w wykonywaniu dostaw lub usług może brzmieć:
Wykonawca musi wykazać, że posiada doświadczenie w realizacji co najmniej... (należy podać konkretną ilość) *zamówień, o wartości co najmniej...* (należy podać konkretną wartość), *polegających na przygotowaniu oraz przeprowadzeniu...* (należy podać rodzaj zamówień, np. szkolenie) *w zakresie...* (należy podać tematykę).
lub też:
O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy dysponujący doświadczeniem — rozumianym jako zrealizowanie w ciągu ostatnich 3 lat co najmniej... (należy podać liczbę zrealizowanych zamówień) *podobnych zamówień, za które przyjmuje się zamówienia o następujących parametrach: ...* (należy przedstawić listę wymagań).

---

[83] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 kwietnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 436/04, publ. www.uzp.gov.pl
[84] Wikariak Sławomir, *Liczy się data zakończenia inwestycji.* „Rzeczpospolita" 4 maja 2007 r.

bądź w przypadku robót budowlanych:
O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zrealizowali w ciągu ostatnich 5 lat - roboty budowlane o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia rozumianym jako wykonanie co najmniej... (należy podać liczbę zrealizowanych zamówień) *obiektów budowlanych...* (należy podać charakterystykę obiektu).
W przypadku dostaw tomografów komputerowych o wartości szacunkowej około 300.000 zł warunek mógłby obejmować następujące elementy:
O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizowali z należytą starannością przynajmniej 2 dostawy sprzętu medycznego na kwotę 150.000 zł każda.
W przypadku robót budowlanych, których przedmiotem jest przebudowa zieleńca wraz z wykonaniem robót budowlano-montażowych oraz towarzyszących o wartości szacunkowej zamówienia 1.000.000 zł postawiony warunek mógłby obejmować następujące elementy:
O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizowali budowę lub kompleksową przebudowę minimum 2 obiektów, takich jak park, zieleniec, ogródek jordanowski, deptak reprezentacyjny, plac miasta, teren rekreacyjny przed obiektami handlowymi, teren kąpielisk o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 700.000 zł każda - w ramach której wykonywane były następujące prace: roboty nawierzchniowe, oświetlenie terenu, elementy malej architektury oraz pielęgnacja zieleni. Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawca powinien przedstawić wykaz wykonanych w okresie 5 lat robót budowlanych odpowiadających swym rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, podając ich wartość oraz daty i miejsca wykonania oraz załączając dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie.
4) W przypadku zamówienia na pokrycie dachu, warunek może brzmieć:
Wykonawca musi wykazać, że zrealizował w ciągu ostatnich 5 łat minimum 3 roboty związane z budową lub remontem dachów krytych papą o powierzchni nie mniejszej niż 400 m^2. Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawca przedstawi wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat robót budowlanych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, podając ich wartość, daty i miejsca wykonania oraz załączając dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie.

3.6.2. Jak sformułować warunek dotyczący uprawnień?

Przykładowo:
1) Można zapisać warunek ogólnie, np.:
Wykonawca powinien dysponować przynajmniej 4 osobami posiadającymi uprawnienia geodezyjne.
1) Można precyzyjnie określić, kto i w jakim zakresie powinien dysponować uprawnieniami np.:
Wykonawca powinien dysponować osobami, które posiadają uprawnienia do realizacji zamówienia, tj.
- kierownikiem projektu, który posiada uprawnienia w zakresie geodezyjnej obsługi inwestycji,
- geodetą, który posiada uprawnienia do wykonywania pomiarów sytuacyjno-wyjściowych.

3.7. Potencjał techniczny

Stosownie do postanowień **rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane**[85] (dalej: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19

[85] Dz. U. Nr 87, poz. 605.

maja 2006r. w sprawie dokumentów), w celu potwierdzenia, że wykonawca dysponuje niezbędnym potencjałem technicznym, zamawiający może żądać wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakie posiada wykonawca.
Pojęcie „dysponowanie" nie jest uregulowane wprost przepisami Kc. Należy je jednak zdefiniować jak realną możliwość skorzystania z rzeczy. W związku z tym określenie to dotyczy zupełnie innej sytuacji niż posiadanie. Posiadanie zawiera bowiem zawsze w swojej treści dysponowanie rzeczą, natomiast nie w każdej sytuacji dysponowanie musi być tożsame z posiadaniem.
Przykład:
Firma budowlana, wykonując zamówienie, korzysta z podwykonawców wykorzystujących koparki. W związku z tym firma dysponuje koparkami, aczkolwiek sama ich nie posiada.
Dysponować rzeczą może np. dzierżyciel, czyli osoba, która włada rzeczą za kogo innego (art. 338 Kc).
Forma wykazu dotycząca potencjału technicznego jakim dysponuje wykonawca jest bezpośrednio zależna od specyfiki przedmiotu zamówienia, bowiem dokument ma potwierdzić stan posiadania niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego. Ważne jest, aby merytorycznie właściwy wydział dokładnie określił wymagane urządzenia i narzędzia, tak aby wykonawca przygotowując ofertę wiedział, jakimi narzędziami i urządzeniami, które są w jego posiadaniu, ma się wykazać. Oczywiście fakt dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi do wykonania zamówienia urządzeniami i narzędziami musi być odpowiednio udokumentowany poprzez załączenie odpowiedniego dokumentu, informacji lub potwierdzenia zawarcia przykładowo:

- umowy leasingu,
- umowy dzierżawy,
- umowy wynajmu,
- porozumienia o użyczeniu.

Wykonawca może ponadto dołączyć tutaj inne dokumenty, jak np. dowody rejestracyjne, protokoły odbioru, faktury zakupu. Potwierdzeniem posiadania wymaganych urządzeń i narzędzi może być również oświadczenie wykonawcy.

3.8. Sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy

Stawiając warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, który potwierdzi, że wykonawcy (w wyznaczonym w SIWZ zakresie oraz terminie) będą w stanie sfinansować zamówienie do momentu zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego, należy pamiętać, aby go doprecyzować.
Określić należy dokładnie, jaką sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy uznana będzie za odpowiednią w odniesieniu do wykonania zamówienia.
Jeśli zamawiający nie doprecyzuje odpowiednio warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, a następnie zażąda od nich konkretnych dokumentów na potwierdzenie spełnienia tego warunku (np. polisy ubezpieczeniowej o wartości 20 000 euro), zamawiający nie będzie mógł wykluczyć wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia – nawet jeśli ten przedłoży polisę o wartości 100 euro.

3.8.1. Jakich dokumentów można żądać ?

Aby sprawdzić, czy wykonawcy spełniają warunek dotyczący ich sytuacji ekonomiczno – finansowej, zamawiający będzie mógł żądać jednego lub kilku następujących dokumentów:

- **bilansu oraz rachunku zysków i strat albo sprawozdania finansowego** a jeżeli ono podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również opinię o badanym sprawozdaniu; w przypadku wykonawców, niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego – można żądać innych dokumentów, które określą ich obroty, zysk oraz zobowiązania i należności; sprawozdanie finansowe i inne dokumenty mogą dotyczyć okresu nie dłuższego niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – tego krótszego okresu,

- **informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej**, w którym wykonawca posiada rachunek bankowy, która potwierdzi wysokość środków finansowych wykonawcy lub jego zdolność kredytową; informacja musi być wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- **polisy** lub innego dokumentu ubezpieczenia, które potwierdzą, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.

3.8.2.Żądając powyższych dokumentów należy pamiętać, że:

Sprawozdanie składa się z:
- bilansu,
- rachunku zysków i strat,
- informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowych informacji i objaśnień (zgodnie z art. 45 ust.2 ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości[86]).

Sprawozdanie finansowe jednostek określonych w art. 64. ust.1 podlegające corocznemu badaniu, obejmuje ponadto zmian w kapitale (funduszu) własnym oraz rachunek przepływów pieniężnych (art. 45 ust.3 ustawy o rachunkowości).
Zgodnie z art. 64 ust.1 ustawy o rachunkowości badaniu i ogłaszaniu podlegają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe grup kapitałowych oraz roczne sprawozdania kontynuujących działalność:

1) banków oraz zakładów ubezpieczeń,
2) jednostek działających na podstawie przepisów o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych oraz przepisów o funduszach inwestycyjnych,
3) spółek akcyjnych,
4) pozostałych jednostek, które w poprzedzającym roku obrotowym, za który sporządzono sprawozdanie finansowe, spełniły co najmniej dwa z następujących warunków:
   - średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty wynosiło co najmniej 50 osób,
   - suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego stanowiła równowartość w walucie polskiej co najmniej 2 500 000 euro,
   - przychody netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych za rok obrotowy stanowiły równowartość w walucie polskiej co najmniej 5 000 000 euro.

Zgodnie z orzecznictwem Zespołu Arbitrów, jeżeli w SIWZ nie wskaże, że żąda poszczególnych elementów sprawozdania finansowego (np. bilansu, rachunku zysków i strat), wykonawcy mimo wszystko, **pod rygorem wykluczenia ich z postępowania,** będą zobowiązani do złożenia kompletnego sprawozdania finansowego[87].

3.8.3. Inne wskaźniki potwierdzające zdolność finansową wykonawcy

Jeżeli wykonawca nie jest zobowiązany do sporządzania sprawozdania finansowego, zamawiający może zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów żądać od niego innych dokumentów, które określą: obroty, zysk oraz zobowiązania i należności. Przepisy prawa odróżniają dokumenty urzędowe (sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania) oraz dokumenty prywatne (które sporządzi wykonawca).

---

[86] Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.

[87] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 września 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 1580/04, publ. www.uzp.gov.pl

Wykonawca, który nie musi sporządzać sprawozdania finansowego, może przedłożyć Ci dokument prywatny, który potwierdzi, że znajduje się on w odpowiedniej sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Będziesz musiał uznać taki dokument wystawiony przez samego wykonawcę, byleby odzwierciedlał on obroty, zysk oraz jego zobowiązania i należności.

3.8.3.1.Przychód

Pierwszym i najczęściej spotykanym warunkiem dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców jest wymaganie wykazania się określonym przychodem (często mylnie określanym jako obrót). Nie wchodząc w rozważania, czy wysokość przychodu rzeczywiście odzwierciedla potencjał ekonomiczny lub finansowy wykonawcy, czy raczej jego wielkość i „obrotność" należy stwierdzić, że – co do zasady – zamawiający ma możliwość postawienia takiego warunku. Ponieważ w sprawozdaniu finansowym nie uwidacznia się przychodu z różnych rodzajów działalności, zamawiający nie może określić warunku jako np. „przychód ze sprzedaży komputerów". Jedyny, jak się wydaje, wybór ma zamawiający między przychodem ze sprzedaży (ogółem) a przychodem ze sprzedaży produktów. Wysokość wymaganego przychodu winna być określona z uwzględnieniem wielkości i czasu trwania zamówienia. Zamawiający ma możliwość uwzględnienia zmian sytuacji finansowej wykonawców w ciągu ostatnich trzech lat, w szczególności w zakresie przychodu. Może w tym zakresie uelastycznić warunek żądając np. określonego średniego przychodu w ciągu ostatnich trzech lat.

3.8.3.2.Dostęp do środków

Zamawiający może żądać od wykonawcy dostępu do środków finansowych niezbędnych do realizacji zamówienia. Wysokość środków finansowych winna być dostosowana do wielkości zainwestowanych przez wykonawcę funduszy w pierwszym i w kolejnych etapach realizacji zamówienia. Prawidłowo określony warunek winien wynikać z wysokości środków, jakie wykonawca musi wyłożyć od momentu rozpoczęcia prac nad realizacją zadania do momentu otrzymania pierwszej zapłaty za wykonane i zafakturowane prace. Zamawiający może postawić warunek na dwa sposoby: albo samodzielnie wyliczyć niezbędną kwotę na podstawie szacowanej wartości zamówienia, czasu jego trwania i przewidywanego harmonogramu płatności, albo określić tylko okres kredytowania. W tym przypadku wysokość niezbędnych środków będzie zależała od zaproponowanego w ofercie harmonogramu rzeczowo-finansowego (i dla każdego wykonawcy będzie inna). Nie można postawić warunku w ten sposób w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem (kwalifikacja wykonawców następuje przed złożeniem przez nich ofert).

3.8.3.3. Zysk

Jednym z mierników wiarygodności ekonomicznej przedsiębiorstwa może być osiąganie przez niego zysku. Zwykle bada się pod tym kątem jedynie ostatni rok. Warunek osiągania zysku netto jest dyskusyjny z uwagi na mogące się pojawiać w rachunkach zysków i strat poszczególnych wykonawców koszty finansowe i straty nadzwyczajne nierzutujące negatywnie na wiarygodność wykonawcy. W takiej sytuacji wykonawca winien żądać zmiany warunku jako nieuzasadnionego. Wydaje się, że minimalnym wymaganiem, które powinien spełniać każdy wykonawca, jest wykazanie zysku na działalności operacyjnej. Biorąc pod uwagę cel badania wiarygodności wykonawców, nie wydaje się właściwe określanie przez zamawiającego jakichkolwiek wskaźników rentowności.

3.8.3.4.Zadłużenie

Zamawiający ma prawo badać poziom zadłużenia wykonawców, oczywiście nie w wartościach bezwzględnych, lecz w postaci odpowiedniego wskaźnika. Zwykle interesującym okresem jest

wyłącznie ostatni okres obrachunkowy wykonawcy. Zamawiający może wziąć pod uwagę np. rodzaje i wielkości wskaźników wymagane przez banki przy ocenie wiarygodności kredytowej podmiotów gospodarczych i, ewentualnie, korygować te wielkości w oparciu o średnie branżowe (obniżyć wymagania). Zamawiający może posłużyć się jednym lub kilkoma wskaźnikami. W przypadku kilku wskaźników może każdy z nich oceniać oddzielnie lub skonstruować wskaźnik zagregowany, uwzględniający (z określonymi wagami) wysokość kilku oddzielnych wskaźników.

3.8.3.5. Inne wskaźniki

Zamawiający może zastosować do oceny wiarygodności wykonawców również inne wskaźniki przyjmowane powszechnie do oceny wiarygodności ekonomicznej podmiotów gospodarczych (np. wskaźniki płynności). Zawsze jednak rodzaj wskaźnika i jego wielkość muszą wynikać ze specyfiki zamówienia.
W przypadku informacji z banku, który potwierdza wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, należy uznać za prawidłową również informację z kilku banków, bowiem zgodnie z ustawą z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[88] **nie istnieje już obowiązek posiadania podstawowego rachunku bankowego**.
Zamawiający organizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę zestawów komputerowych w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 1.000.000 zł. Zamawiający w następujący sposób doprecyzował postawiony warunek znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia:
„W przypadku wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający uzna niniejszy warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejsza niż 100.000 zł lub uzyskał w ostatnim roku obrotowym obroty nie mniejsze niż 1.000.000 zł".
Na potwierdzenie spełniania wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu zamawiający zażądał następujących dokumentów:

- informacji z banku, w którym wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę nie mniejszą niż 100.000 zł, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, lub
- sprawozdania finansowego, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanym sprawozdaniu albo w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego – innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności (w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000 zł) za okres ostatniego roku obrotowego.

3.9. Ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców[89]

Ustawa określa w **art. 22** wymogi, które muszą spełnić oferenci, którzy chcą ubiegać się o zamówienie publiczne. **§ 1 pkt 3** tegoż artykułu nakłada na nich wymóg „znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia". Można z tego wywnioskować, iż na zamawiającym spoczywa obowiązek sprawdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej oferentów (zwanej w dalszej części: SEiF).
Przepis ten wydaje się jak najbardziej uzasadniony, gdyż ma chronić zamawiających przed bankructwem - i wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami - wykonawców zamówienia publicz-

[88] Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.
[89] Raczkiewicz Zbigniew, *Ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej oferentów*, „Prawo Zamówień Publicznych" Nr 2 czerwiec 2006, s. 19 – 21.

nego w trakcie jego realizacji, bądź też bezpośrednio po jego zakończeniu, kiedy to np. są zobowiązani do świadczenia usług serwisowych bądź też, jeśli zachodzi taka konieczność, gwarancyjnych.

Aby ograniczyć arbitralność zamawiających w zakresie doboru dokumentów, które są wymagane celem sprawdzenia SFiF oferentów oraz pozostać w zgodzie z dyrektywami wspólnotowymi dotyczącymi zamówień publicznych zostały one wymienione „ enumeratywne w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Na bazie **§ 1 ust. 3** tegoż rozporządzenia: W celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może zadać następujących dokumentów:

1) sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres,
2) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawcą posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert,
3) polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

W praktyce można spotkać się z sytuacją, w której - bazując na **§ 1 ust. 3** rozporządzenia - zamawiający wymagają od oferentów dostarczenia bilansu za ostatnie trzy lata działalności gospodarczej. Jak również wykazuje praktyka, zdarza się, iż dokument ten nie jest w ogóle analizowany. W innych wypadkach analiza ta jest niezwykle powierzchowna, ograniczająca się do sprawdzenia czy oferent generuje zyski.

Nie można wymagać od członków komisji przetargowej, aby byli specjalistami od rachunkowości i sprawozdawczości finansowej (choć dobrze by było, aby w jej składzie znajdowała się przynajmniej jedna osoba posiadająca podstawową wiedzę w tej dziedzinie). W celu ułatwienia im pracy- zarówno w ujęciu jakościowym jak i czasowym -chciałbym zaproponować 9 podstawowych wskaźników, które należy sprawdzić, w celu przeprowadzenia uproszczonej oceny SFiF wykonawców. Wszystkie potrzebne dane znajdują się w ich bilansie.

1. Kapitał (fundusz) własny przedsiębiorstwa

Jest to wartość środków (materialnych i finansowych) wniesiona do firmy przez jej właścicieli jak również środków wypracowanych w toku działalności przedsiębiorstwa. Stanowi on podstawowe źródło finansowania, które to pozostaje do stałej dyspozycji przedsiębiorstwa. Powinien on być bezwzględnie dodatni, i na odpowiednim poziomie (w porównaniu do wielkości obrotów). Jeśli tak nie jest, to przedsiębiorstwo jest na najlepszej drodze do rychłego bankructwa.

2. Kapitał obrotowy

Kapitał obrotowy służy do finansowania bieżącej działalności przedsiębiorstwa. Powinien być on odpowiednio wysoki, aby zapewnić przedsiębiorstwu odpowiednią płynność finansową. Musi być dodatni; w innym wypadku przedsiębiorstwo będzie musiało sprzedawać majątek trwały (np. maszyn produkcyjne), aby uzyskać fundusze na pokrycie bieżących zobowiązań, co w dłuższej perspektywie może mieć katastrofalne skutki.

Kapitał obrotowy możemy liczyć na dwa sposoby:

Kapitał obrotowy = aktywa obrotowe - zobowiązania krótkoterminowe

Kapitał obrotowy = kapitał (fundusz)własny - aktywa trwałe

3. Przychód netto z działalności gospodarczej

Wskaźnika tego nie trzeba chyba przedstawiać szerzej - informuje on o relacji między wielkością przychodu, a kosztami jego uzyskania. Wartość ta powinna być dodatnia, co oznacza, iż przychód jest większy od kosztów jego uzyskania.

Analizując przychód netto z działalności gospodarczej trzeba zwrócić uwagę na dwie rzeczy - jego zmiany w czasie, i jego strukturę. W przypadku zmian w czasie interesuje nas, czy mają one charakter, mniej lub bardziej, linearny czy też skokowy. Jeżeli odpowiedź brzmi skokowy, to powinniśmy się bliżej przyjrzeć strukturze przychodów, a zwłaszcza temu, jaka ich część jest rezultatem podstawowej działalności gospodarczej, a jaka stanowi przychód nadzwyczajny.

Przykładowo, jeśli przedsiębiorstwo działające w sektorze budowlanym zanotuje znaczący, a przy tym jednorazowy, wzrost przychodów, to może to oznaczać, iż zbyło jedną bądź kilka z użytkowanych maszyn. Tego rodzaju działanie, o ile nie stanowi elementu długo-okresowej strategii, poprawia sytuację tylko krótkookresowo (np. sprzedaż betoniarki, by uzyskać fundusze na pokrycie bieżących zobowiązań - tylko w danym roku obrachunkowym), zaś w przyszłości może mieć negatywne efekty.

4. Zysk

Podstawowym celem każdej działalności gospodarczej jest zysk, zatem naturalne jest, iż wskaźnik ten powinien mieć wartość dodatnią. Może się zdarzyć jednak, iż podmiot gospodarczy zysku nie generuje. Wynikać to może z trzech przyczyn: (1) Świadomego działania mającego na celu zwiększenie zysków w dłuższej perspektywie czasowej, kosztem zysków bieżących, (2) Cyklicznego wahania koniunkturalnego, (3) Problemów strukturalnych podmiotu gospodarczego. O ile sytuacja przedstawiona powyżej w punktach (1) i (2) jest możliwa do zaakceptowania, to ta przedstawiona w punkcie (3) stanowi poważne ryzyko dla zamawiającego i dlatego jest nieakceptowana. Dlatego też automatyczne wykluczenie oferenta, który zanotował straty nie musi wcale być najwłaściwszym rozwiązaniem.

Jeżeli wykonawca wykazuje straty, za którykolwiek z poprzednich okresów obrachunkowych, to należy poddać jego bilans dokładniejszej analizie, jak również zwrócić się z zapytaniem o przyczyny tej sytuacji i sposobów poradzenia sobie z nią. Zachęcam do porównania otrzymanej odpowiedzi z wnioskami otrzymanymi z przeprowadzonej samodzielnie analizy bilansu!

5. Zdolność do samodzielnego finansowania inwestycji

Zdolność do samodzielnego finansowania inwestycji (dalej: ZdSFI) informuje nas o tym, w jakim stopniu oferent jest w stanie realizować inwestycje własnymi środkami, a w jakim stopniu musi polegać na finansowaniu zewnętrznym, do którego możemy zaliczyć m. in. zaliczki na poczet zleconych zamówień publicznych. Rzadko które przedsiębiorstwo jest w stanie finansować swoje inwestycje w pełni samodzielnie, niemniej jednak warto porównać ZdSFI do wielkości inwestycji. Finansowanie całości, bądź przeważającej części inwestycji z kredytów, w momencie gdy własna ZdSFI jest niewielka, bądź też ujemna, jest niezwykle ryzykowne i może, przy najmniejszym wahnięciu koniunktury doprowadzić do problemów finansowanych, a nawet bankructwa.

Zdolność do samodzielnego finansowania inwestycji obliczymy w następujący sposób:

ZdSFI = Zysk + Amortyzacja - Produkcja w toku

Wskaźnik ten powinien przyjąć wartość dodatnią.

6. Wskaźnik płynności finansowej

Wskaźnik płynności finansowej (dalej WPF) informuje o zdolności podmiotu do regulacji jego krótkoterminowych zobowiązań. Przyjmuje się, iż zobowiązania krótkoterminowe powinny mieć pokrycie w aktywach obrotowych. Jeśli tak nie jest, to przedsiębiorstwo będzie zmuszone do wyprzedaży majątku trwałego, celem pokrycia zobowiązań bieżących. Minimalna wartość WPF powinna wynosić 1,0. Wydaje się to być nieco ryzykowne, dlatego dobrze by było przyjąć nieco **wyższą wartość – 1,2.**

Wskaźnik płynności finansowej obliczamy poprzez podzielenie wartości aktywów obrotowych przez zobowiązania krótkoterminowe.

7. Wskaźnik krótko i średnio terminowego zadłużenia

Jak sama nazwa wskazuje informuje on o możliwości regulacji średnio- i długoterminowych zobowiązań przez przedsiębiorstwo. Stanowi on zatem niejako uzupełnienie wskaźnika płynności

finansowej. Teoretycznie, nie powinien on spaść poniżej poziomu 0,3, choć po raz kolejny wydaje się, iż wartość ta jest za niska. Wydaje się, iż wartość 0,6 lub wyższa jest bardziej akceptowalna.

Wskaźnik krótko i średnio terminowego zadłużenia obliczamy przez podzielenie kapitału (funduszu) własnego przez sumę średnio i długoterminowych zobowiązań.

8. Wskaźnik wypłacalności

Wskaźnik ten informuje o relacji między kapitałem (funduszem) własnym przedsiębiorstwa a jego całkowitym zadłużeniem. Zgodnie z literaturą fachową nie powinien on spasać poniżej 0,2. Można spotkać się również z opinią, z którą się zgadzam, iż w praktyce wartość ta jest za niska. Dlatego proponuję, aby wartość ta wynosiła minimum 0,4. Niższa wartość, w przeważającej liczbie przypadków, oznaczać będzie, iż przedsiębiorstwa ma, bądź też może w najbliższym czasie mieć, problemy z terminowym regulowaniem zobowiązań.

Wskaźnik wypłacalności = kapitał (fundusz) własny / suma zobowiązań

9. Rentowność

Informuje o tym jak efektywnie przedsiębiorstwo dysponuje swoim majątkiem - czy przynosi on zyski, czy też straty. *Rentowność obliczamy* przez podzielenie zysku przez wielkość obrotu. Najlepiej, jeśli wynosiłaby one około 10 %. Zwróćmy uwagę, iż jeśli rentowność przedsiębiorstwa jest poniżej poziomu inflacji, to *de facto* nie jest ono rentowne.

Powyżej przedstawione zostało 9 wskaźników. Najlepiej, najbezpieczniej dla zamawiającego by było, jeśli wszystkie z nich byłyby powyżej wartości rekomendowanych, i to w każdym z trzech poprzednich okresów rozrachunkowych. Jeśli tak nie jest, to pojawia się pytanie - ile? Ile z nich powinno spełniać wymogi, aby uznać, iż oferent jest w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na wykonanie danego zamówienia?

Niestety nie jest możliwe podanie dokładnej liczby. W większości wypadków, wystarczy gdy 20 z 27 wartości (3 lata x 9 wskaźników) będzie „nad kreską". Wiele zależy także od specyfiki zamówienia, jego wartości czy też czasu potrzebnego do realizacji. Dlatego też zalecana jest daleko idąca ostrożność, nawet jeśli wydłuży to czas potrzebny na przeprowadzenie postępowania oraz koszty z tym związane. W ostatecznym rozrachunku to się opłaci, choć zamawiający nie zawsze się o tym bezpośrednio przekona.

4. USTALENIE KRYTERIÓW OCENY OFERT

Merytoryczny wydział zobowiązany do określenia propozycji kryteriów oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Istnieją w zasadzie dwa sposoby opisu kryteriów oceny ofert:

- pierwszy polega na wskazaniu jako jedynego kryterium **ceny,**
- zgodnie z drugim jako kryteria oceny ofert określa się **cenę wraz z innymi kryteriami** odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, np. jakością, funkcjonalnością, parametrami technicznymi , kosztami eksploatacji , serwisem czy terminem wykonania zamówienia.

Wraz z określeniem kryteriów ocen, merytoryczny wydział winien przypisać im odpowiednie wagi procentowe oraz sposób przeliczania cen poszczególnych ofert na punkty.

Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert wariantowych, wówczas cena nie może być jedynym kryterium oceny ofert (**art. 83 ust. 1 ustawy**).

Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (**art. 91 ust. 3 ustawy**).

Zgodnie z postanowieniami **art. 38 ust. 5 ustawy** modyfikacja SIWZ nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert.

W przypadku gdy merytoryczny wydział przewiduje, że po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, winien wskazać, które z kryteriów na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej, pamiętając że kryteriami oceny ofert w aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w SIWZ, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego (**art. 91a ust. 3 ustawy**).

Merytoryczny wydział określając kryteria oceny ofert **zamieszcza stosowną informację w odpowiednim punkcie „Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową” na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.**

5. USTALENIE TERMINU REALIZACJI ZAMÓWIENIA

Merytoryczny wydział w ramach przygotowania postępowania winien określić termin realizacji zamówienia. Przy określeniu terminu wykonania zamówienia winien on wziąć pod uwagę zarówno potrzeby wynikające z potrzeb realizacji danego zamówienia, jak i terminy związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem zamówienia przez Komisję Przetargową. Jeżeli merytoryczny wydział przewiduje możliwość składania ofert częściowych, winien określić termin realizacji poszczególnych części zamówienia, w przypadku gdy poszczególne oferty częściowe mają być zrealizowane w różnych terminach.
Jeżeli przedmiotem zamówienia są usługi lub dostawy powtarzające się okresowo, merytoryczny wydział, jeżeli jest to możliwe winien określić, w jakich ostępach czasowych będą realizowane te zamówienia. Natomiast w przypadku dynamicznego systemu zakupów, merytoryczny wydział winien określić na jaki okres winien on zostać ustalony.
Merytoryczny wydział winien również ustalić na jaki okres po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zostanie zawarta umowa ramowa.
Zaleca się aby merytoryczny wydział, ustalając termin realizacji zamówienia, nie określał go datą kalendarzową a ilością dni (tygodni, miesięcy) od dnia podpisania umowy.
Merytoryczny wydział określając termin realizacji zamówienia **zamieszcza stosowną informację w odpowiednim punkcie „Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową” na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.**

6. USTALENIE WARUNKÓW ZABEZPIECZENIA ZAMÓWIENIA

Merytoryczny wydział w ramach przygotowania postępowania winien określić, czy oferta winna być zabezpieczona wadium w zamówieniach o wartości zamówienia jest mniejsza niż progi unijne.
Zgodnie bowiem z art. **45 ust.2 ustawy**, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, zamawiający **może żądać od wykonawców wniesienia wadium**.
Natomiast jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający **żąda wniesienia wadium.**
W obu powyższych przypadkach na merytoryczny wydział winien określić kwotę wadium w granicach od 0,5 % do 3 % wartości zamówienia, zamieszczając stosowną informację odpowiednim punkcie „Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową” na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.
Na wydziale merytorycznym ciąży również obowiązek zajęcia stanowiska w sprawie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji (**art. 147 ust. 2 ustawy**).
Zamawiający żąda od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, jeżeli:
- wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza progi unijne,
- wartość zamówienia na dostawy lub usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro, z wyjątkiem umów kredytu i pożyczki,
- umowa ma zostać zawarta na okres dłuższy niż 4 lata, z wyjątkiem umów, o których mowa w **art. 142 ust. 4 i art. 143 ustawy.**

W wyjątkowych sytuacjach, w szczególności gdy żądanie wniesienia zabezpieczenia mogłoby uniemożliwić udzielenie zamówienia lub spowodować znaczny wzrost cen ofert, zamawiający może odstąpić od żądania wniesienia zabezpieczenia.
Merytoryczny wydział winien ustalić wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w granicach od 2 % do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy (**art. 150 ust. 2 ustawy**).
Merytoryczny wydział winien ustalić ponadto jaka kwota ma być pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu wady lub gwarancji jakości. Zgodnie z postanowieniami **art. 151 ust. 2 ustawy, kwota ta nie może przekraczać 30 % wysokości zabezpieczenia.** Merytoryczny wydział zamieszcza stosowną informację o wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz pozostawieniu kwoty na zabezpieczenie roszczeń z tytułu wady lub gwarancji jakości, w odpowiednim punkcie **„Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową”** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.**

III. PLANOWANE I PRZYGOTOWANIE ZAMÓWIENIA – ZADANIA KOMISJI PRZETARGOWEJ

Wszystkie zamówienia publiczne o wartości powyżej 14 000 euro przeprowadza stała Komisja Przetargowa powołana stosowną uchwałą Zarządu Powiatu Pabianickiego. Komisja rozpoczyna wykonywanie swoich zadań niezwłocznie po otrzymaniu stosownego wniosku naczelnika właściwego merytorycznie wydziału Starostwa Powiatowego w Pabianicach, złożonego we „Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową" na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.**

Komisja Przetargowa nie jest zobowiązana do bezwzględnego przyjęcia propozycji złożonych przez merytoryczny wydział. Komisja ponosi bowiem odpowiedzialność za przygotowanie zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i zasadami udzielania zamówień publicznych. W przypadku powstania jakichkolwiek wątpliwości dotyczących treści wniosku złożonego merytoryczny wydział, Komisja Przetargowa przeprowadza stosowne postępowanie wyjaśniające z udziałem naczelnika tego wydziału. Jeżeli w wyniku tego postępowania w dalszym ciągu istnieje różnica stanowisk, ostateczną decyzję podejmuje Pełnomocnik.

Komisja Przetargowa biorąc pod uwagę wniosek merytorycznego wydziału oraz przesłanki ustawowe obowiązujące w poszczególnych trybach, przedkłada Pełnomocnikowi wniosek o zatwierdzenie trybu postępowania o udzielenie zamówienia w „Propozycji wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 4.**

1. WYBÓR TRYBU POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO, PUBLIKACJA I ZAMIESZCZANIE OGŁOSZEŃ

Przed przyjęciem propozycji wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, Komisja Przetargowa winna dokonać analizy i oceny poprawności ustalenia, przez właściwie merytoryczny wydział, wartości szacunkowej zamówienia, jak również dokonać wnikliwej analizy proponowanego trybu w świetle przesłanek wynikających z odpowiednich przepisów ustawy.

1.1. Przetarg nieograniczony

Przetarg nieograniczony jest jednym z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych. Jest to tryb obligatoryjny, nie wymaga spełnienia przesłanek, po których zaistnieniu mógłby być stosowany przez zamawiającego. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zamieszczając ogłoszenie zgodnie z postanowieniami **art. 40 ustawy.** Ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego powinno zawierać co najmniej dane i informacje, o których mowa w **art. 41 ustawy.** Projekt ogłoszenia przygotowuje Komisja Przetargowa, które następnie przekazuje do akceptacji i podpisu przez Pełnomocnika.

W odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu publicznym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (**art. 39 ustawy**).

1.1.1.Zamówienia o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej :

a) zamieszcza drogą elektroniczną w Biuletynie Zamówień Publicznych,
b) zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach,
c) przekazuje ogłoszenie Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu oraz na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.

Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
2) nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych;
3) zawiera informację o dniu jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Biuletynie, wydruk z odpowiedniej strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych) ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania**.

1.1.2. Zamówienia o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach oraz przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej oraz na stronie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
3) zawiera informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenia Sekretarz Komisji obowiązkowo załącza do dokumentacji postępowania.

1.1.3. Zamówienia na roboty budowlane o wartości szacunkowej przekraczającej równowartość 20 000 000 euro a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu

Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:

b) Odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu, stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej oraz dokonania zlecenia opublikowania w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
3) zawiera informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o odpowiednio: dacie publikacji w dzienniku lub czasopiśmie, okresie wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, zamieszczenia w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz kserokopie ogłoszenia z czasopisma lub dziennika ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania.**

1.2. Przetarg ograniczony

Przetarg ograniczony jest drugim podstawowym trybem udzielania zamówień publicznych. Przetarg ograniczony może być stosowany zawsze, **ustawa** nie wyszczególnia jakichkolwiek przesłanek ograniczających jego zastosowanie. Wszczęcie postępowania następuje na takich samych zasadach jak w przetargu nieograniczonym. Jedyną różnicą, która odróżnia te dwa tryby jest zakres informacji, które muszą być zawarte w ogłoszeniu. W odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu publicznym prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert (**art. 47 ustawy**). Przetarg ograniczony składa się z dwóch etapów. **W pierwszym etapie** zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które podlegają badaniu i ocenie pod kątem spełnienia warunków podmiotowych, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. **W drugim etapie** oferty składają wyłącznie zaproszeni wykonawcy. Podstawową różnicą pomiędzy przetargiem ograniczonym a nieograniczonym jest to, że w przetargu nieograniczonym ofertę może złożyć każdy zainteresowany wykonawca, a w ograniczonym ofertę mogą złożyć tylko wykonawcy, którzy zostali wybrani przez zamawiającego na podstawie ustalonych w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu.
Przed ogłoszeniem postępowania Komisja Przetargowa ustala liczbę wykonawców, w liczbie nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert i przedkłada w tej sprawie stosowny wniosek do Pełnomocnika na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 6.** Komisja przygotowuje ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z **art. 48 ust. 2 ustawy**. Ogłoszenie to wymaga akceptacji i podpisu Pełnomocnika.

1.2.1.Zamówienia o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej :

a) zamieszcza drogą elektroniczną w Biuletynie Zamówień Publicznych,
b) zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach,
c) przekazuje ogłoszenie Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu oraz na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej. Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5,**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
2) nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych;
3) zawiera informację o dniu jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Biuletynie, wydruk z odpowiedniej strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych) ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania**.

1.2.2. Zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach oraz przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej oraz na stronie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej. Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
3) zawiera informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenia Sekretarz Komisji obowiązkowo załącza do dokumentacji postępowania.

1.2.3. Zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu, stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej oraz dokonania zlecenia opublikowania w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
3) zawiera informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o odpowiednio: dacie publikacji w dzienniku lub czasopiśmie, okresie wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, zamieszczenia w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz kserokopie ogłoszenia z czasopisma lub dziennika ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania.**

1.3.Negocjacje z ogłoszeniem

Negocjacje z ogłoszeniem to tryb konkurencyjny, ale może być stosowany dopiero po spełnieniu wymienionych w ustawie okoliczności, tzw. przesłanek wyboru trybu, które zawarte są w **art. 55 ust.1 ustawy.** Postępowanie prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem składa się z czterech etapów. Jest to tryb, w którym po publicznych ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert (**art. 54 ustawy**). Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z przesłanek określonych w **art. 55 ust.1 ustawy.**

Wszczęcie postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem następuje w dniu ukazania się ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie powinno zawierać co najmniej informacje, o których mowa w **art. 48 ust.2 ustawy** w związku **art. 56 ust.1 ustawy.**

Przed ogłoszeniem postępowania Komisja Przetargowa ustala liczbę wykonawców, w liczbie nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, nie mniejszej niż 5, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert wstępnych i przedkłada w tej sprawie stosowny

wniosek do Pełnomocnika **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 7**. Komisja przygotowuje ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z **art. 48 ust.2 w związku z art. 56 ust. 2 ustawy**. Ogłoszenie to wymaga akceptacji i podpisu Pełnomocnika.

1.3.1.Zamówienia o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej :

a) zamieszcza drogą elektroniczną w Biuletynie Zamówień Publicznych,
b) zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach,
c) przekazuje ogłoszenie Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu oraz na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5,**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
2) nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych;
3) zawiera informację o dniu jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Biuletynie, wydruk z odpowiedniej strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych) ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania**.

1.3.2. Zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach oraz przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej oraz na stronie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
3) zawiera informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o okresie odpowiednio wywieszenia

ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenia Sekretarz Komisji obowiązkowo załącza do dokumentacji postępowania.

1.3.3. Zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu, stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej oraz dokonania zlecenia opublikowania w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
3) zawiera informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o odpowiednio: dacie publikacji w dzienniku lub czasopiśmie, okresie wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, zamieszczenia w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz kserokopie ogłoszenia z czasopisma lub dziennika ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania.**

1.4. Dialog konkurencyjny

Dialog konkurencyjny to nowy tryb udzielania zamówień publicznych, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert (**art. 60a ustawy**). Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego jeżeli zachodzą łącznie przesłanki określone w **art. 60b ust.1 ustawy.** Do wszczęcia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego przepisy dotyczące zamieszczania lub publikowania ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego stosuje się odpowiednio (**art. 40 w związku z art. 60c ust.1 ustawy**).
Przed ogłoszeniem postępowania Komisja Przetargowa ustala liczbę wykonawców, w liczbie nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, nie mniejszej niż

5, którzy zostaną zaproszeni do dialogu i przedkłada w tej sprawie stosowny wniosek do Pełnomocnika **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 8**. Komisja przygotowuje ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z **art. 48 ust. 2 w związku z art. 60c ust. 1 ustawy** z tym że ogłoszenie o zamówieniu zawiera również:

1) opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu;
2) informację o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawicieli rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody.

Ogłoszenie to wymaga akceptacji i podpisu Pełnomocnika.

1.4.1.Zamówienia o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego o wartości mniejszej niż progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej :

a) zamieszcza drogą elektroniczną w Biuletynie Zamówień Publicznych,
b) zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach,
c) przekazuje Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu oraz na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych;
2) nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych;
3) zawiera informację o dniu jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Biuletynie, wydruk z odpowiedniej strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych) ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania**.

1.4.2. Zamówienia o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach oraz przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej oraz na stronie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
3) zawiera informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenia Sekretarz Komisji obowiązkowo załącza do dokumentacji postępowania.

1.4.3. Zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Odpowiednio Informatykowi i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu, stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej oraz dokonania zlecenia opublikowania w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim. Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 5.**

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane na tablicy ogłoszeń Starostwa, na stronie internetowej lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
2) nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;
3) zawiera informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Po upływie terminu składania ofert ogłoszenia te załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie informacje o odpowiednio: dacie publikacji w dzienniku lub czasopiśmie, okresie wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, zamieszczenia w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz kserokopie ogłoszenia z czasopisma lub dziennika ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania.**

1.5.Negocjacje bez ogłoszenia

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (**art. 61 ustawy**). Tryb ten może być zastosowany wyłącznie wtedy gdy zostanie spełniona jedna z wymienionych w **art. 62 ustawy** przesłanek. Z uwagi, iż postępowanie

prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia trwa stosunkowo krótko (w porównaniu do innych konkurencyjnych trybów) tryb ten może być stosowany w przypadku, gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć. Ponadto, w przypadku zamówień, których realizacja musi rozpocząć się niezwłocznie (z uwagi na długie terminy składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w trybach przetargowych) zamawiający mogą stosować tryb negocjacji bez ogłoszenia w celu wykonania części zamówienia, która musi zostać udzielona do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty w przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym lub w negocjacjach z ogłoszeniem.
W trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający wszczyna postępowanie, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji, które musi zawierać co najmniej informacje określone w **art. 63 ust.2 ustawy.**
Przed wszczęciem postępowania Komisja Przetargowa ustala liczbę wykonawców, w liczbie nie mniejszej niż 5, a jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, nie mniejszej niż 7,chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2, którym zostanie przekazane zaproszenie do negocjacji warunków umowy **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 9.**

1.6. Zamówienie z wolnej ręki

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (**art. 66 ustawy).** Przesłanki zastosowania tego trybu zostały wymienione w **art. 67 ustawy.**
Zamawiający zaprasza wykonawcę do negocjacji. Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (**art. 68 ust.1 ustawy**). W postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający nie sporządza się Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
Komisja Przetargowa **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 10** przedkłada Pełnomocnikowi do zatwierdzenia propozycję wyboru wykonawcy, z którym będzie prowadziła negocjacje w trybie zamówienia z wolnej ręki.

1.7. Zapytanie o cenę

Zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert (**art. 69 ustawy).** Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych oraz gdy ich wartość jest mniejsza niż progi unijne (**art. 70 ustawy**).
W trybie zapytania o cenę mogą być udzielane między innymi następujące zamówienia:
- dostawa artykułów biurowych,
- dostawa artykułów spożywczych,
- sprzątanie pomieszczeń,
- usługi żywienia,
- proste usługi poligraficzne.

Komisja Przetargowa ustala liczbę wykonawców, w liczbie nie mniejszej niż 5, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert i przedkłada w tej sprawie stosowny wniosek do Pełnomocnika **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 11.**

1.8.Licytacja elektroniczna

Licytacja elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzanie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji (**art. 74 ust.1 ustawy**). Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie licytacji elektronicznej, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne (**art. 74 ust.2 ustawy**).
Komisja Przetargowa ustala liczbę etapów aukcji elektronicznej i czas ich trwania. W tej sprawie przedkłada stosowny wniosek do Pełnomocnika **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 12.**
Komisja przygotowuje ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z **art. 75 ust. 2 ustawy**. Ogłoszenie to wymaga akceptacji i podpisu Pełnomocnika.

1.9. Dynamiczny system zakupów

Jak wynika z definicji określonej w **art. 2 pkt 2a ustawy** przez dynamiczny system zakupów należy rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne.
Zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w **trybie przetargu nieograniczonego.** Co do zasady dynamiczny system zakupów ustanawia się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego system ten może być ustanowiony na okres dłuższy (**art. 102 ust. 2 ustawy**). W przypadku ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający w terminie 3 dni zawiadamia o tym Prezesa UZP podając wartość dynamicznego systemu zakupów i przedmiot zamówień objętych tym systemem oraz uzasadnienie faktyczne i prawne (**art. 102 ust. 2 ustawy**).
Dynamiczny system zakupów nie może być wykorzystany przez zamawiającego do ograniczania konkurencji.
W postępowaniu prowadzonym w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, dokumenty, wnioski, zawiadomienia, zaproszenia i inne informacje drogą elektroniczną.
Ogłoszenia przekazuje się Prezesowi UZP drogą elektroniczną za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej UZP a Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie. Ogłoszenie przygotowuje Komisja Przetargowa oraz przekazuje do akceptacji i podpisu Pełnomocnikowi. Podpisaną treść ogłoszenia Sekretarz Komisji przekazuje drogą elektroniczną odpowiednio Prezesowi UZP lub Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

1.9.1.Zamówienia o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i ustanowieniu dynamicznego systemu zakupów o wartości szacunkowej mniejszej niż progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej :

a) zamieszcza drogą elektroniczną w Biuletynie Zamówień Publicznych,
b) zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach,
c) przekazuje Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu oraz na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.
   Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 13,**

Od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający udostępnia na stronie internetowej SIWZ oraz informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów, a w szczególności:
1) określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów;
2) czas trwania dynamicznego systemu zakupów;
3) przewidywane terminy dokonywania zamówień;
4) wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert.

Treść informacji sporządzonej **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 14** przygotowuje Komisja Przetargowa i przedkłada do akceptacji i podpisu Pełnomocnikowi. Podpisaną informację Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 14a.**

Po upływie terminu składania ofert orientacyjnych ogłoszenia te i informacje załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie ogłoszenia i informacji o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Biuletynie, wydruk z odpowiedniej strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych) ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania**.

1.9.2. Zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i ustanowieniem dynamicznego systemu zakupów o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach oraz przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Informatykowi Powiatowemu celem zamieszczenia na stronie internetowej oraz na stronie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej
Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 13.**

Od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający udostępnia na stronie internetowej SIWZ oraz informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów, a w szczególności:
1) określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów;
2) czas trwania dynamicznego systemu zakupów;
3) przewidywane terminy dokonywania zamówień;
4) wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert.

Treść informacji sporządzonej **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 14** przygotowuje Komisja Przetargowa i przedkłada do akceptacji i podpisu Pełnomocnikowi. Podpisaną informację Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 14a.**

Po upływie terminu składania ofert orientacyjnych ogłoszenia te i informacje załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na odwrocie ogłoszenia i informacji o okresie odpowiednio wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Biuletynie, wydruk z

odpowiedniej strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych) ogłoszenia Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania**.

1.9.3. Zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i ustanowieniem dynamicznego systemu zakupów na roboty budowlane o wartości przekraczającej równowartość 20 000 000 euro, a na dostawy lub usługi 10 000 000 euro podpisane przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje:

a) Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezwłocznie po przekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich Sekretarz Komisji przekazuje ogłoszenie:
b) Odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu celem zamieszczenia na stronie internetowej Powiatu, stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej oraz dokonania zlecenia opublikowania w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.
   Ogłoszenie to Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje odpowiednio Informatykowi Powiatowemu i Inspektorowi w Biurze Zarządu Powiatu łącznie z pismem sporządzonym **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 13.**

Od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający udostępnia na stronie internetowej SIWZ oraz informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów, a w szczególności:
1) określenie przedmiotu zamówień objętych dynamicznym systemem zakupów;
2) czas trwania dynamicznego systemu zakupów;
3) przewidywane terminy dokonywania zamówień;
4) wymagania techniczne dotyczące urządzeń teleinformatycznych niezbędnych do porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, w tym przesyłania ofert.

Treść informacji sporządzonej **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 14** przygotowuje Komisja Przetargowa i przedkłada do akceptacji i podpisu Pełnomocnikowi. Podpisaną informację Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje Informatykowi Powiatowemu łącznie z pismem sporządzonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 14a.**

Po upływie terminu składania ofert orientacyjnych te informacje i ogłoszenia załącza się do dokumentacji postępowania. Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na ich odwrocie informacje o odpowiednio: dacie publikacji w dzienniku lub czasopiśmie, okresie wywieszenia ogłoszenia na tablicy ogłoszeń lub zamieszczenia na stronie internetowej i stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, zamieszczenia w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, potwierdzając te informacje własnoręcznym podpisem i pieczątką. Po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wydruk z odpowiedniej strony internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz kserokopie ogłoszenia z czasopisma lub dziennika Sekretarz Komisji **obowiązkowo załącza się do dokumentacji postępowania.**

1.10. Dokumentowanie zamieszczenia i publikacji ogłoszeń

Komisja Przetargowa jest obowiązana udokumentować zamiszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, w szczególności przechowywać dowód jego zamieszczenia (art. 12 ust. 3 pkt 1 ustawy). Ponadto Komisja Przetargowa obowiązana jest udokumentować publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w szczególności przechowywać dowód jego publikacji (art. 12 ust.3 pkt 2 ustawy).

2. ZAWIADAMIANIE PREZESA UZP

Należy pamiętać, że poza innymi przesłankami określonymi w ustawie a dotyczącymi udzielania zamówień w innych trybach niż tryby podstawowe, bardzo istotnym elementem są wartości szacunkowe zamówienia, przekroczenie których powoduje konieczność zawiadomienia Prezesa UZP. Podobne obowiązki zawiadomienia Prezesa UZP ma zamawiający w przypadku ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata.

2.1.Negocjacje z ogłoszeniem – art. 55 ust. 2 ustawy

Jeżeli wartość zamówienia **na roboty budowlane** przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty **20 000 000 euro**, **a na dostawy i usługi – 10 000 000 euro**, zamawiający w terminie 3 dni od dnia wszczęcia postępowania obowiązany jest zawiadomić Prezesa UZP o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.
Komisja Przetargowa proponując wybór tego trybu na zamówienia powyżej wymienionych kwot, sporządza zawiadomienie wraz z uzasadnieniem na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 15 i przedkłada go do podpisu Pełnomocnikowi.**

2.2. Dialog konkurencyjny – art. 60b ust. 2 ustawy

Jeżeli wartość zamówienia **na roboty budowlane** przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty **20 000 000 euro**, **a na dostawy i usługi – 10 000 000 euro**, zamawiający w terminie 3 dni od dnia wszczęcia postępowania obowiązany jest zawiadomić Prezesa UZP o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia
Komisja Przetargowa proponując wybór tego trybu na zamówienia powyżej wymienionych kwot, sporządza zawiadomienie wraz z uzasadnieniem na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 15a i przedkłada go do akceptacji i podpisu Pełnomocnikowi.**

2.3. Negocjacje bez ogłoszenia – art. 62 ust. 2 ustawy

Jeżeli wartość zamówienia jest **równa lub przekracza progi unijne** zamawiający w terminie 3 dni od dnia wszczęcia postępowania obowiązany jest zawiadomić Prezesa UZP o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia
W tym przypadku Komisja Przetargowa sporządza zawiadomienie wraz z uzasadnieniem na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 15b.** Wniosek akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.

2.4. Zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust.2 ustawy

Jeżeli wartość zamówienia jest **równa lub przekracza progi unijne** zamawiający w terminie 3 dni od dnia wszczęcia postępowania obowiązany jest zawiadomić Prezesa UZP o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.
W tym przypadku Komisja Przetargowa sporządza zawiadomienie wraz z uzasadnieniem na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 15c.** Wniosek akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.
Powyższemu obowiązkowi nie podlega udzielanie zamówień na:
- dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,
- dostawy energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej,
- dostawy gazu z sieci gazowej,
- dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,
- powszechne usługi pocztowe w rozumieniu ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.)
- usługi przesyłowe energii elektrycznej, ciepła i paliw gazowych.

Nie wymaga zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki zastosowanego na podstawie **art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy**, udzielanego w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć z pewnością, w szczególności zagrażającego bezpośrednio życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody w znacznych rozmiarach.

2.5. Umowa ramowa – art. 100 ust. 2 ustawy

O zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający niezwłocznie zawiadamia Prezesa UZP podając wartość umowy oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.
W tym przypadku Komisja Przetargowa sporządza zawiadomienie wraz z uzasadnieniem na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 15d .** Wniosek akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.

2.6. Dynamiczny system zakupów – art. 102 ust.3

W przypadku ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający w terminie 3 dni zawiadamia o tym Prezesa UZP, podając wartość dynamicznego systemu zakupów i przedmiot zamówień objętych tym systemem oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.
W tym przypadku Komisja Przetargowa sporządza zawiadomienie wraz z uzasadnieniem na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 15e .** Wniosek akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.

3. SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia przygotowuje Komisja Przetargowa wykorzystując między innymi materiały wymienione w poprzednim punkcie a przekazane przez merytoryczny wydział.
Zgodnie z **art. 36 ustawy** wymagania w zakresie zawartości SIWZ podzielono na dwie części. Część pierwsza, opisana **w ust.1** obejmuje informacje, które musi zawierać każda specyfikacja - 17 punktów, a część druga opisana w **ust. 2** obejmuje informacje szczególne, które specyfikacja zawiera, chyba że przepisy ustawy stanowią inaczej.
W stosunku do poprzednio obowiązującej treści ustawy zmianie uległ zapis regulujący możliwość odstąpienia przez zamawiającego od zamieszczenia w SIWZ niektórych informacji. I tak w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, specyfikacja stosownie do postanowień **art. 36 ust. 3 ustawy** może nie zawierać:
- wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- wymagań dotyczących wadium;
- wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy .

Zmianie uległ również przepis wcześniej zobowiązujący zamawiającego do żądania wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Dzięki modyfikacji **art. 36 ust. 4 ustawy** zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.
W dalszym ciągu zamawiający może określić w SIWZ **,** która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

3.1. Zawartość SIWZ

Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do SIWZ, jako podstawowego, bazowego dokumentu, jaki musi sporządzić zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym dochodzi do składania ofert w formie pisemnej, zawiera szereg nowych postanowień, różnych od poprzednich regulacji zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych.

Zamawiający zobowiązany jest sporządzić SIWZ, w zakresie co najmniej danych i informacji wskazanych przepisem **art. 36 ust.1 ustawy,** jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie:

- przetargu nieograniczonego,
- przetargu ograniczonego,
- negocjacje z ogłoszeniem,
- dialogu konkurencyjnego,
- negocjacje bez ogłoszenia,
- zapytania o cenę.

Szczegółowe postanowienia dotyczące SIWZ określa dla:

- przetargu nieograniczonego – **art. 42 ustawy,**
- przetargu ograniczonego – **art. 51 ust. 4 ustawy,**
- negocjacji z ogłoszeniem – **art. 57 ust. 5 ustawy,**
- dialogu konkurencyjnego – **art. 60e ust. 3 ustawy,**
- negocjacji bez ogłoszenia – **art. 64 ust. 3 ustawy,**
- zapytania o cenę **– art. 71 ust. 2 ustawy.**

Poszczególne wyżej wymienione artykuły **ustawy** przewidują w poszczególnych trybach wyłączenia stosowania niektórych postanowień **art. 36 ust.1 ustawy.** Dlatego też Komisja Przetargowa przygotowując projekt SIWZ, winna bezwzględnie o tym pamiętać.

3.1.1. Nazwa (firma) oraz adres zamawiającego – art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy

W tym zakresie w SIWZ powinny być podane dane w zakresie co najmniej takim, jaki wymagany jest w publikowanych ogłoszeniach o zamówieniu. To znaczy:

- pełna nazwa zamawiającego,
- adres – kod pocztowy, miejscowość, województwo,
- numer telefonu,
- numer faksu,
- adres poczty elektronicznej,
- adres strony internetowy (nie musi to być strona zamawiającego).

3.1.2. Tryb udzielenia zamówienia – art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy

W tym zakresie należy oczywiście wskazać tryb, w jakim prowadzone jest postępowanie (zgodnie z przepisami **art. 10 ustawy**), ale także zasadnym i celowym jest w przypadku gdy postępowanie nie jest prowadzone w trybie podstawowym (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony **art. 10 ust.1 ustawy**) wskazać podstawę prawną zastosowania innego trybu.
Stosowny zapis w SIWZ może więc być zredagowany następująco:
„Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego".
„Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zastosowanie wskazanego trybu nastąpiło z uwagi na zaistnienie okoliczności wskazanych przepisem **art. 55 ust. 1 pkt 3** – nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty".

3.1.3 Opis przedmiotu zamówienia –art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy

W tej części SIWZ należy podać:
- nazwę przedmiotu zamówienia zgodnie z nomenklaturą Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) **art. 30 ust. 7 ustawy,**
- kod według CPV – art. 30 ust. 7 ustawy,
- opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami **art. 29 – 31**

ustawy.

Przykładowy, w tym zakresie zapis SIWZ może zostać zredagowany następująco:

„PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie (wybudowanie) domu wielorodzinnego

Oznaczenie według CPV – 45211340-4

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera:

- projekt budowlany,
- dokumentacja projektowa,
- specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót,
- przedmiar robót,

stanowiące załączniki do SIWZ".

lub

„PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług polegających na przewozie uczniów autobusami szkolnymi.

Kod według CPV – 60113100-4

Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zawarte są w Załączniku Nr 1 do SIWZ".

W wielu przypadkach nie jest możliwe wskazanie dokładnego czy też jednego kodu według Wspólnego Słownika Zamówień. Może to być wynikiem albo braku w CPV dokładnie tożsamego z przedmiotowym zamówieniem, nazwy przedmiotu zamówienia albo też z uwagi na to, że przedmiot zamówienia zawiera się w kilku pozycjach Słownika (działach, grupach, klasach lub kategoriach), Przykładem może być np. zamówienie na dostawę materiałów i urządzeń biurowych. Zamawiający uznał za celowe i w jego ocenie za racjonalne, objęcie jednym zamówieniem dostawy: materiałów biurowych, urządzeń biurowego oraz papieru na potrzeby biurowe.

Zamówienie obejmować będzie dostawę:

- sprzętu biurowego obejmującego gumki, długopisy, ołówki ... itp (kod według CPV– 30191000-4).,
- kolorowych fotokopiarek (kod według CPV –30121110-7),
- niszczarek (kod według CPV – 30191400 – 8),
- papieru do pisania (kod według CPV – 21125300 – 8),
- papieru do drukowania (kod według CPV – 21125400-9),
- papieru kserograficznego (kod według CPV – 21115692 – 2).

W SIWZ należałoby podać nazwę przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na zróżnicowany charakter dostawy, natomiast kody ograniczyć do podania kodów na pewnym poziomie uogólnienia (działów, grup lub klas), zapisując w tym punkcie:

„PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu biurowego oraz papieru.

Kod według CPV – 30000000-9 (różny sprzęt biurowy),
30190000-7 (maszyny biurowe),
21000000-3 (papier i wyroby z papieru).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z wyspecyfikowaniem rodzaju i ilości asortymentów stanowiących przedmiot dostawy zawarto w Załączniku Nr 1 do SIWZ"

Stosownie do postanowień **art. 31 ust. 1 i 2 ustawy,** w przypadku zamówienia na roboty budowlane merytoryczny wydział jako załącznik do **„Wniosku o podjęcie czynności przez komisję przetargowa"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1, obowiązany jest załączyć dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych lub program funkcjonalno – użytkowy.**

3.1.4. Termin wykonania zamówienia – art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy

W tej kwestii wielokrotnie już podnoszona była sprawa „sztywnego" określania przedziału czasu, za pomocą wskazania daty rozpoczęcia i daty zakończenia realizacji zamówienia. Podstawowym zagrożeniem dla takiego sposobu określania terminu wykonania, wskazywanego na etapie przygotowania SIWZ, jest możliwość wniesienia protestu i czego wykluczyć nie można – odwołania, co w sposób niezwykle istotny wpłynie na termin zawierania umowy.
Dlatego też należy posługiwać się okresem realizacji zamówienia określanym, jako czas na wykonanie zamówienia liczonym od zaistnienia określonego zdarzenia (zawarcia umowy, przekazania placu budowy itp.)Wówczas przedłużenie się postępowania udzielania zamówienia nie będzie wpływać na realny (rzeczywisty) czas wykonywania zamówienia. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest wybór wykonawcy, który ma świadczyć usługi zimowego utrzymania ulic, w okresie np. od 1 listopada danego roku do 31 marca roku następnego, czy też prenumerata prasy na okres od 1 stycznia do 31 grudnia roku następnego, a postępowanie zostało wszczęte odpowiednio, to być może nie pojawią się problemy z zawarciem ważnej umowy i nawet ewentualne protesty wniesione w trakcie postępowania nie zakłócą właściwej realizacji zamówienia.
Jeżeli natomiast przedmiotem zamówienia będzie wykonanie określonych robót remontowych lub wskazana dostawa, przy czym w jednym i w drugim przypadku czas na wykonanie zamówienia jest stosunkowo krótki np. 4 tygodnie, 2 tygodnie, to posługiwanie się datą rozpoczęcia lub/i datą realizacji zakończenia niesie groźbę konieczności unieważnienia postępowania, z uwagi na okoliczności wskazanych przepisem **art. 146 ust. 1 ustawy** – umowa jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.
Przykład – zamawiający wskazał jako termin realizacji zamówienia okres od 1 lipca do 15 sierpnia. Z uwagi na wniesione protesty i odwołania umowę można było zawrzeć dopiero 7 lipca. Czy zamawiający ma prawo zawrzeć umowę na warunkach określonych w SIWZ tzn. wskazać w dniu 7 lipca na termin rozpoczęcia realizacji zamówienia od 1 lipca ? A czy wolno aneksować umowę ? O jaki okres czasu ? A czy nie można spotkać się z uzasadnionym roszczeniem innego wykonawcy, który stwierdzi, że gdyby było wiadomo, że realizacja zamówienia odbywać się będzie nie od dnia 1 lipca do dnia 15 sierpnia ale od 7 lipca do 22 sierpnia to oczywiście przystąpiłby do postępowania? A co zrobić w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia była dostawa i zamawiający oceniając swoje potrzeby i mając niezłe rozeznanie rynkowe wskazał w SIWZ, że wykonanie zamówienia musi nastąpić do 16 lipca, a po wniesionych protestach może zawrzeć umowę najwcześniej 18 lipca ?
Przepis art. 387 Kc stanowi wprost, że „umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna" A przecież będzie w takim przypadku. Przesunąć termin świadczenia (wykonania zamówienia)? O ile? W oparciu o jakie przesłanki ? Katalog takich pytań zapewne można byłoby mnożyć. Przepis art. 475 § 1 Kc stanowi z kolei, że jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik (wykonawca) odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa. A przecież wykonawca składał ofertę i oczywiście jest związany jej warunkami, tyle tylko, że w SIWZ zamawiający wskazał na okres realizacji zamówienia (co prawda datami) jako okres 4 tygodni. Mając na uwadze możliwy termin do zawarcia umowy okazało się, że świadczenie umowne musiałoby być zrealizowane w czasie 10 dni.
Aby uniknąć kłopotliwych sytuacji znacznie praktyczniejszym rozwiązaniem jest:

- po pierwsze – stosownie wcześniejsze wszczynanie postępowań,
- po drugie – w sytuacji gdy nie mamy pewności co do terminu (daty) zakończenia postępowania i udzielenia zamówienia ze stosownym wyprzedzeniem czasowym w stosunku do daty rozpoczęcia zamówienia posługiwać się okresem (czasem) wykonywania zamówienia.

Zarówno jedna, jak i druga forma określania „terminu wykonania zamówienia" jest oczywiście dopuszczalna.
Sytuacja w powyższym zakresie uległa zmianie w wyniku nowelizacji ustawy w 2007 r. Do art. 94 ustawy dodany został ust.1a, który stanowi, że: *umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania oferta, jeżeli zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie.*

Z powyższego zapisu wynika, że aby zawrzeć umowę po terminie związania ofertą muszą być spełnione łącznie dwa warunki:
- zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty przed terminem związania ofertą, i
- wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie.

3.1.5. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków – art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy

Warunki udziału w postępowaniu zostały określone w **art. 22 ust. 1 ustawy.** Analizując treść tego przepisu widocznym jest ich podział na dwie grupy, co znajduje swoje odzwierciedlenia w sposobie ich sformułowania. Warunki wskazane zapisami **pkt 1 i pkt 4** stanowią wprost, możliwe do dokonania oceny warunki udziału, podczas gdy zapisy **pkt 2 i pkt 3** wskazują jedynie na obszar, w zakresie którego zamawiający może stanowić wymagania. Te dwie grupy warunków określa się jako:

- **warunki formalne** lub warunki stanowiące o prawie wykonawcy do ubiegania się o zamówienie publiczne (**art. 22 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy**),
- **warunki materialne (merytoryczne)** lub warunki potwierdzające zdolność wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia **(art. 22 ust. 1 pkt 2 – 3 ustawy).**

W takim też przedziale należy zapisywać stosowne postanowienia w SIWZ.

A. Warunki formalne

1. wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.
2. wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na okoliczności wskazane przepisami **art.24 ust.1 oraz ust. 2 pkt 1. ustawy**

B. Warunki materialne (merytoryczne)

1. wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a a także dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.
2. wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Oczywiście, aby zakres wymagań wskazanych przepisami **art. 22 ust.1 pkt 2 i 3 ustawy** mógł stać się mierzalnym i możliwym do oceny przez zamawiającego warunkiem (warunkami) udziału w postępowaniu musi zostać właściwie sprecyzowany i ukształtowany przez zamawiającego.

1. Warunki stanowione przez zamawiającego muszą być związane z przedmiotowym postępowaniem (przedmiotem zamówienia, warunkami jego realizacji, wartością itp. cechami).
2. Zamawiający powinien umieć uzasadnić celowość stanowienia określonego warunku, którego nie spełnienie powodować będzie wykluczenie wykonawcy z postępowania.
3. Mierniki oceny spełniania warunku powinny wynikać wprost z przedmiotowego postępowania (zachowanie zasady proporcjonalności w odniesieniu do przedmiotowego postępowania).
4. Sposób potwierdzenia spełniania warunku musi być możliwy w oparciu o dane lub informacje zawarte w przynajmniej jednym z dokumentów wskazanych przepisem **rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów.**
5. Procedura oceny spełniania warunku udziału musi zostać sformułowana w taki sposób aby jednoznacznie wskazywała na stan faktyczny – **warunek spełniony/warunek niespełniony.**

Oczywiście w zakresie warunków udziału określonych przepisami art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy zamawiający nie jest zobowiązany do szczegółowego ich stanowienia w całym zakresie.
Może, zgodnie z uzasadnionymi potrzebami, sformułować i postawić warunki dotyczące tylko niektórych wymagań mieszczących się w zakresie określonym tym przepisem lub też w ogóle

zrezygnować z ich stanowienia, przyjmując tylko oświadczenie wykonawcy dotyczące spełnienia warunków udziału.
Stanowiąc warunki w zakresie wskazanym przepisem **art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy** należy mieć na uwadze, że w każdym postępowaniu prowadzonym w trybie: przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem może zaistnieć okoliczność wspólnego ubiegania się o zamówienie kilku wykonawców, działających w trybie **art. 23 ustawy.** A to oznacza, że warunki udziału powinny być sformułowane w taki sposób aby nie było wątpliwości co do tego, które warunki musi spełnić każdy z wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie publiczne, a które warunki muszą spełniać wspólnie (łącznie).
Analizując treść i celowość żądania spełnienia poszczególnych warunków udziału oczywistym jest, że:

- warunki uprawniające do ubiegania się o zamówienia publiczne (warunki formalne) muszą być spełnione oddzielnie przez każdego z wykonawców składających ofertę wspólnie (warunki wskazane w **art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy**),
- warunki potwierdzające zdolność do wykonania przedmiotowego zamówienia mogą być spełnione łącznie (sumarycznie) przez wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (**art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy**)

3.1.6. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu – art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy

W każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu pisemne oświadczenie o spełnianiu warunków określonych przepisem **art. 22 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy.**
Można się niekiedy spotkać z wątpliwościami podnoszonymi przez niektórych uczestników postępowań co do zasadności takiego żądania w postępowaniach prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub aukcji elektronicznej. Z czego wynikają takie oceny? Z faktu, że w przepisach dotyczących szczegółowych zasad prowadzenia postępowań w tych dwóch trybach, w odróżnieniu od pozostałych, brak jest wskazania wymogu żądania takiego oświadczenia. Rzeczywiście przepisy ustawy odnoszące się do pozostałych trybów w sposób jasny i bezdyskusyjny wskazują na taki obowiązek, a także na to, na jakim etapie postępowania zamawiający obowiązany jest postawić wymóg złożenia takiego oświadczenia.

Przetarg nieograniczony

Art. 44 ustawy. Wykonawca składa wraz ofertą oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu , a jeżeli żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty.

Przetarg ograniczony

Art. 50 ustawy. Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty.

Negocjacje z ogłoszeniem

Art. 56 ust. 2 ustawy. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem przepisy art. 49 i 50 ustawy stosuje się odpowiednio.

Dialog konkurencyjny

Art. 60c ust.2 ustawy -do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu przepisy art. 49 i 50 stosuje się odpowiednio.

Zamówienie z wolnej ręki

Art. 68 ust.2 ustawy -najpóźniej z zawarciem umowy wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu a jeżeli wartość zamówienia jest równa przekracza progi unijne , również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio.

Dynamiczny system zakupów
Art. 105 ust. 2 ustawy – wraz z ofertą orientacyjną wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty.

Czy jednak taki stan faktyczny uprawnia do stawiania tezy, że pozostałych dwóch trybach obowiązek ten nie występuje? Mając na uwadze zapis **art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy** stanowiący o obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawcy, który ***„nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu"*** , bez względu w jakim trybie postępowanie jest prowadzone, nie może być wątpliwości co do obowiązku żądania przez zamawiającego złożenia oświadczenia i obowiązku złożenia oświadczenia przez wykonawcę. Wątpliwość może dotyczyć tylko jednego – na jakim etapie postępowania prowadzonego w tych dwóch trybach powyższe oświadczenie musi zostać złożone. Ale tu odpowiedź daje nam przepis **art. 25 ustawy.**
Art. 25 ust. 1 ustawy.
W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie:
1) warunków udziału w postępowaniu,
2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Tak więc, w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający wezwie wykonawców do złożenia wymaganego oświadczenia zawierając stosowny zapis w treści SIWZ, którą przesyła wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert **(art. 64 ust. 3 ustawy**). Natomiast w trybie licytacji elektronicznej, a więc w trybie, w którym nie sporządza się SIWZ – w zaproszeniu do składania ofert **(art. 76 ust. 2 ustawy)**
Wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 16.**

3.1.6.1.Dokumenty wymagane od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału.

W tym zakresie uprawnienia zamawiającego i obowiązki wykonawcy szczegółowo określają przepisy **rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2004 r. w sprawie dokumentów.**
Należy przy tym pamiętać o dwóch kwestiach:

- w zakresie dotyczącym potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu przepisy rozporządzenia stanowią zamknięty katalog dokumentów, jakich wolno żądać zamawiającemu od wykonawców,
- bez względu na to, czy zamawiający żąda określonych dokumentów na potwierdzenie spełniania określonych warunków, wypełniając wymóg ustawowy (**art. 26 ust. 1 ustawy),** czy też korzysta tylko z przysługującego mu prawa (**art. 26 ust. 2 ustawy)** załączenie przez wykonawcę wymaganych dokumentów w żadnym przypadku nie zwalnia wykonawcy od złożenia oświadczenia o spełnianiu tych warunków.

Mają na uwadze zróżnicowany charakter warunków wskazanych przepisem **art. 22 ust.1 ustawy –** warunki, potwierdzające prawo do ubiegania się o zamówienie publiczne (warunki ustawowe) oraz warunki potwierdzające zdolność do wykonania przedmiotowego zamówienia (warunki szczegółowo kształtowane przez zamawiającego) warto jest sporządzić blok zapisów (wykaz dokumentów), których zamawiający zobowiązany będzie żądać, a więc i zamieścić każdej SIWZ, w postępowaniach, których wartość szacunkowa jest równa lub przekracza progi unijne.
W przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi bankowe, usługi ubezpieczeniowe oraz usługi w zakresie kultury, a także zamówień udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia, po

przeprowadzonym konkursie, nowelizacjując ustawę w 13 kwietnia 2007 r. ustawodawca wprowadził ust. 5 do art. 26 znoszący obowiązek :

- żadania od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia.
- wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

3.1.6.2. Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków formalnych

1. Aktualny odpis z właściwego rejestru albo aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. **Ważna jest data wystawienia dokumentu, a nie dzień, w którym jego zgodność potwierdza urzędnik – wynika z wyroku wydanego 13 października 2004 r[90].**
2. Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w **art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy** (informacja dotycząca osób), wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
3. Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w **art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy** (informacja dotycząca podmiotów zbiorowych), wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Jest to nowe zaświadczenie, którego nie było w poprzednim stanie prawnym. Jest to zaświadczenie zgodne z przepisami ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary[91] . Rodzi się pytanie, co to są podmioty zbiorowe, które jako wykonawcy zobowiązane są do złożenia przedmiotowego zaświadczenia. Zgodnie z art. 2 wyżej wymienionej ustawy podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków oraz organów państwowych i samorządu terytorialnego. Podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy jest również spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, a także zagraniczna jednostka organizacyjna.
   Będą to więc[92]
   - spółka akcyjna,
   - spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
   - związki zawodowe,
   - partie,
   - fundacje,
   - stowarzyszenia,
   - spółka jawna,
   - spółka partnerska,
   - spółka komandytowa,

---

[90] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 października 2004 r., sygn.akt UZP/ZO/0 – 1676/04, publ. www.uzp.gov.pl
[91] Dz.U. Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.
[92] Namysłowska – Gabrysiak Barbara, *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych pod groźbą kary. Komentarz"*, Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE 2004, s. 73 - 74

- spółka komandytowo – akcyjna,
- spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jednostki samorządu terytorialnego lub związek takich jednostek,
- spółka handlowa w organizacji,
- podmiot w likwidacji,
- przedsiębiorca nie będący osobą fizyczną,
- zagraniczna jednostka organizacyjna np. oddział przedsiębiorcy zagranicznego.

Zaświadczenia te dotyczą wykonawcy jako podmiotu . Oznacza to, iż Komisja Przetargowa sporządzając SIWZ powinna żądać dwóch rodzajów zaświadczeń o niekaralności: jednego zgodnego z **art. 24 ust.1 pkt 4- 8 ustawy** (w zakresie niekaralności osób fizycznych) oraz drugiego zgodnego z **art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy** (w zakresie niekaralności podmiotów zbiorowych). Żądanie to powinno być wyraźnie wyartykułowane, gdyż w przeciwnym razie wykonawcy mogą nie złożyć drugiego zaświadczenia.

4. Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
5. Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, lub, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Pozostałe dwa dokumenty wskazane przepisem **rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2004 r. w sprawie dokumentów:**

6. Koncesja, zezwolenia lub licencja, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym;
7. Dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Żądane oczywiście będą tylko wówczas gdy wykonanie przedmiotowego zamówienia wymaga posiadania przez wykonawcę stosownego uprawnienia (koncesji, zezwolenia lub licencji) lub też wówczas, gdy wykonanie określonych prac lub czynności związane z realizacją przedmiotowego zamówienia wymaga od osób je wykonujących właściwych uprawnień.

3.1.6.3. Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków materialnych (merytorycznych)

O ile dokumenty potwierdzające spełnianie warunków formalnych muszą być żądane zawsze (o ile wartość zamówienia jest równa przekracza progi unijne), **to dokumenty potwierdzające spełnianie warunków materialnych powinny zależeć od sformułowania tych warunków.** Jak już wspomniano, z jednej strony, na potwierdzenie każdego warunku Komisja Przetargowa musi żądać określonego dokumentu, z drugiej zaś, **zamawiającemu nie wolno żądać żądnego dokumentu, który byłby zbędny.** Jeśli np. merytoryczny wydział nie postawił żadnego wymagania odnośnie potencjału technicznego wykonawców, nie wolno żądać wykazu maszyn i urządzeń (chociaż został on wymieniony w rozporządzeniu).

Niestety, o ile forma dokumentów potwierdzających spełnianie warunków formalnych jest stała (są to standardowe dokumenty urzędowe), to zakres żądanych w ramach dokumentów potwierdzających spełnianie warunków materialnych różni się w poszczególnych postępowaniach.

3.1.6.3.1.Doświadczenie

W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada wymaganą przez Komisję Przetargową wiedzę i doświadczenie Komisja Przetargowa może żądać wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw lub usług, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie. Warunek dotyczący doświadczenia formułowany jest najczęściej w postaci:

O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy dysponujący doświadczeniem zawodowym rozumianym jako zrealizowanie w ciągu ostatnich .... lat co najmniej .... podobnych zamówień.

Zamawiający może uwzględniać tylko zamówienia wykonywane w ostatnim okresie (do 3 lat w przypadku dostaw i usług). Oznacza to, że wykonawca nie może powoływać się na zamówienia realizowane wcześniej, nie oznacza natomiast, że wykonawca musi prowadzić działalność od trzech lat (chyba, że zamawiający postawi osobny warunek w tym zakresie). Wykonawca mógł rozpocząć działalność np. rok wcześniej i wykonać wymagane zamówienia w ciągu ostatniego roku. Przy ustalaniu jaka liczba zamówień będzie wystarczającym dowodem niezbędnego doświadczenia należy brać pod uwagę przede wszystkim stopień ich skomplikowania oraz czy zamówienie będące przedmiotem postępowania nie jest na tyle rzadkie, iż niemożliwym byłoby wykazanie przez wielu wykonawców określonej liczby podobnych, wcześniej wykonanych zamówień. W pewnych sytuacjach warunek wykonania dwóch podobnych zamówień będzie zbyt wysoki, w innych żądanie wykazania się pięcioma będzie całkowicie uzasadniony. Za każdym razem używając terminu **„podobne zamówienie”,** Komisja Przetargowa winna opisać szczegółowo, jakie zamówienie uznawać będzie za „podobne” – czy chodzi o wartość, czy ilość, ich charakter czy też inne parametry. Z drugiej strony zbyt szczegółowe doprecyzowanie terminu „podobny” często prowadzi do nieuzasadnionego ograniczania konkurencji. Za podobne należy przyjmować zamówienia o podobnej skali przedsięwzięcia, charakterze i stopniu złożoności. Zwykle osoba poprzedniego inwestora nie ma wpływu na podobieństwo zamówienia. W sytuacji, gdy zamówienie ma charakter pionierski, jest unikalne i albo nie było nigdy realizowane, albo zostało (jest) realizowane raz lub dwa, zamawiający nie może wymagać doświadczenia w realizacji podobnych zamówień. Winien wtedy postawić oddzielne warunki obejmujące części zakresu zamówienia, jakie ma być przedmiotem postępowania. Często musi również znacznie obniżyć skalę dotychczasowych przedsięwzięć, jakie mogą stanowić potwierdzenie zdolności wykonawcy. Zarzut stawiany zamawiającym, iż formułowanie warunków dotyczących doświadczenia uniemożliwia nowym firmom rozpoczęcia działalności jest tylko częściowo słuszny. W większości branż wykonawca może zdobyć wymagane doświadczenie na kontraktach prywatnych lub jako podwykonawca zamówień publicznych. Co do zasady zamawiający ma prawo żądać wykazania się doświadczeniem, a ewentualne spory winny dotyczyć wysokości tego warunku, a nie jego istnienia.

Wykaz wykonanych dostaw/usług wykonawca sporządza **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 17.**

W przypadku zamówienia na roboty budowlane Komisja Przetargowa może żądać wykazy wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Wykaz wykonawca sporządza **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 18.**

Komisji Przetargowej przysługuje prawo żądania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie poprzednich zamówień. Dokumentami tymi są zwykle listy referencyjne, lecz mogą być nimi również protokoły odbioru itp. Wybór właściwego dokumentu należy do Komisji Przetargowej. Podkreślić należy, że Komisja Przetargowa może żądać podania wartości zamówień. Jeżeli wykaz ma zawierać dane o zamówieniach prywatnych, wykonawca może zastrzec nieujawnianie tego wykazu innym osobom.

3.1.6.3.2. Potencjał techniczny

Wymagania dotyczące potencjału technicznego muszą wynikać z przedmiotu zamówienia. Znaczenie potencjału technicznego w przypadku dostaw i usług jest zwykle znacznie mniejsze, niż w przypadku robót budowlanych. Zamawiający winien badać wyłącznie sprzęt kluczowy, drogi lub trudno dostępny. Nieuzasadnione jest np. wymaganie posiadania środków transportu tylko dlatego, że w trakcie realizacji umowy sprzedaży wykonawca musi przewieźć rzeczy będące przedmiotem dostawy do siedziby zamawiającego. Natomiast potencjał techniczny może mieć kluczowe znaczenie dla umowy dostawy, w ramach której wykonawca zobowiązuje się do wytworzenia (wyprodukowania) rzeczy będących przedmiotem dostawy. Wśród usług znajdują się zarówno takie, których realizacja nie wymaga żadnego specjalistycznego sprzętu, jak i takie, których powodzenie uzależnione jest przede wszystkim od jakości urządzeń jakimi dysponuje wykonawca. W wielu przypadkach wykonawcy posługują się przy wykonywaniu zamówienia sprzętem niestanowiącym ich własności (zwłaszcza urządzenia kosztowne, a rzadko używane). Zamawiający nie może wymagać, aby wymagany sprzęt był własnością wykonawcy, lecz może wymagać wskazania podstawy władania przez wykonawcę wymienionymi przez niego urządzeniami. W szczególności wykonawca może wskazać, że wymagany sprzęt jest użyczony, dzierżawiony lub leasingowany. Najczęściej warunek dotyczący potencjału technicznego stawiany jest w postaci: **O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy posiadający następujący, w pełni sprawny sprzęt**, po czym zamawiający wymienia wymagane urządzenia. Postawienie takiego warunku wymaga od zamawiającego bardzo dobrego przygotowania do przeprowadzenia postępowania. Tylko dobra znajomość metod i technologii wykonania zamówienia pozwala na jednoznaczne określenie wymaganego sprzętu, gdyż określenie przez zamawiającego wymaganego potencjału technicznego wiązać się musi z wcześniej określonym przez niego wymogiem dotyczącym sposobu, w jaki zamówienie winno być wykonane. W sytuacji, gdy zamawiający nie narzuca sposobu realizacji zamówienia winien warunek dotyczący potencjału technicznego sformułować w odmienny sposób: **O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy posiadający potencjał techniczny niezbędny do wykonania zamówienia w sposób zaproponowany w ofercie.** Formułując warunek w taki sposób zamawiający pozwala wykonawcom na samodzielne określenie sposobu realizacji zamówienia i narzędzi niezbędnych do jego wykonania. Ważne jest osiągnięcie przez wykonawcę zakładanego efektu. Stawiając warunek w ten sposób zamawiający nie wymienia sprzętu, którego wskazania oczekuje od wykonawcy. W zależności od przyjętej przez wykonawcę technologii wykonania zamówienia, będą to inne narzędzia (np. oprogramowanie). Rolą wykonawcy jest uzasadnienie, iż przy pomocy wskazanego potencjału zamówienie może być wykonane zgodnie z zaproponowaną przez niego technologią. Natomiast zadaniem zamawiającego jest weryfikacja oświadczenia wykonawcy w tym zakresie.
W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada wymagany potencjał techniczny Komisja Przetargowa może żądać wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakie posiada wykonawca. Posiadanie przez wykonawcę określonych narzędzi i urządzeń dokumentowane będzie jedynie na podstawie oświadczenia złożonego przez niego samego **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 19 .**
Komisja Przetargowa może żądać wskazania przez wykonawcę podstawy prawnej władania rzeczą. Wykonawca winien wtedy wskazać, które z urządzeń są jego własnością, a którymi dysponuje na podstawie innych tytułów prawnych. Bezprawne posiadanie (np. używanie oprogramowania bez licencji) nie korzysta z ochrony i nie może być uznane za spełniające warunek.
Z potencjałem technicznym wiąże się nowy dokument wymieniony po raz pierwszy w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, mianowicie wynik kontroli dotyczącej zdolności produkcyjnych, a w razie konieczności także możliwości naukowych i badawczych wykonawcy, przeprowadzonej przez właściwy organ kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, pod warunkiem uzyskania zgody tego organu – jeżeli usługi lub produkty będące przedmiotem dostawy są skomplikowane lub służą szczególnemu celowi. Z przepisu

tego wynika, iż zanim Komisja Przetargowa zażąda tego dokumentu, winna uzyskać zgodę „właściwego organu" na przeprowadzenie kontroli.

3.1.6.3.3. Potencjał kadrowy

Stawianie warunków w zakresie potencjału kadrowego wykonawcy przystępującego do udziału w postępowaniu ma na celu zapewnienie wykonania zamówienia przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe, legitymujące się wymaganymi do wykonania danego zamówienia uprawnieniami, czy też mające określone doświadczenie zawodowe wyrażające się albo w pełnieniu w przeszłości podobnych funkcji, albo całkowitym doświadczeniem zawodowym. Zależnie od specyfiki zamówienia, warunek dotyczący potencjału kadrowego dotyczyć może pracowników zamawiającego, innym razem osób, z pomocą których ma zostać wykonane zamówienie, niekiedy odpowiednio wykwalifikowanego i doświadczonego personelu kierowniczego stosownego szczebla. Warunki dotyczące potencjału kadrowego zależą od przedmiotu zamówienia. W przypadku sprzedaży trudno uzasadnić jakiekolwiek warunki dotyczące potencjału kadrowego, chyba że związanego z realizacją serwisu gwarancyjnego oferowanego sprzętu. W sytuacji mało skomplikowanej usługi jaką jest np. sprzątanie wystarczającym (o ile w ogóle koniecznym) warunkiem wydaje się być np. zatrudnianie średniorocznie określonej liczby pracowników. Natomiast w przypadku wielu skomplikowanych usług (np. niematerialnych) kwalifikacje osób mających wykonywać zamówienie będą kluczowe dla jego wykonania. Najczęściej spotykanym warunkiem dotyczącym potencjału kadrowego jest sformułowanie: **O zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy dysponujący .... osobami o następujących kwalifikacjach**, po czym następuje określenie minimalnego wykształcenia, doświadczenia, posiadanych uprawnień itp. Co do zasady zamawiający nie może wymagać, aby wskazywane osoby były pracownikami wykonawcy (jedyny możliwy warunek odnośnie pracowników może dotyczyć liczby zatrudnionych i liczby personelu kierowniczego). Potencjalni wykonawcy często nie posiadają wśród swoich pracowników odpowiednich kandydatów i posługują się osobami trzecimi, z których pomocą będą wykonywać zamówienie. Informacja o kwalifikacjach tych osób (zwykle ich życiorysy zawodowe) wraz z deklaracją współpracy z wykonawcą musi stanowić dla zamawiającego wystarczającą rękojmię rzetelnego wykonania zamówienia. Choć ani ustawa, ani akty wykonawcze nie przewidują wprost możliwości żądania zobowiązania do współpracy podwykonawców (bo za takich należy uznać osoby niebędące pracownikami wykonawcy) częstą i uzasadnioną praktyką jest żądanie takiego zobowiązania. Zamawiający powinien żądać informacji dotyczących jedynie kluczowego personelu. Żądanie wskazania imiennej listy sprzątaczek lub programistów jest nieuzasadnione, natomiast kwalifikacje kierowników projektu informatycznego powinny być kluczową informacją potwierdzającą wiarygodność wykonawcy. Pamiętać należy, że wskazane w ofercie osoby będą musiały uczestniczyć w realizacji zamówienia, a zamawiający może zgodzić się na ich zastąpienie innymi tylko w wyjątkowych sytuacjach obiektywnej niemożności świadczenia, przy czym nowe osoby winny posiadać kwalifikacje nie niższe od zastępowanych.
W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada wymagany potencjał kadrowy Komisja Przetargowa może żądać dwóch rodzajów dokumentów.
Po pierwsze, informacji na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników oraz liczebności personelu kierowniczego, w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi. Informację tą wykonawca winien sporządzić **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 20.** Zakresem tej regulacji nie są objęte dostawy, stąd Komisja Przetargowa nie jest uprawniona do żądania wskazanej wyżej informacji w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest dostawa. Informacja żądana w tym punkcie jest w istocie ograniczona do liczby osób. Stąd też Komisji Przetargowej nie wolno określać wymaganych kwalifikacji pracowników lub personelu kierowniczego wykonawcy.
Informacje o kwalifikacjach konkretnych osób powinien natomiast zawierać wykaz osób i podmiotów, które wykonywać będą zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia sporządzony

na odpowiednich **formularzach zgodnych odpowiednio z treścią załącznika Nr 21 i załącznika Nr 21.** Dokument ten winien dotyczyć zarówno osób fizycznych (**załącznik Nr 21**) i podmiotów gospodarczych (**załącznik Nr 22**). Osoby wskazane przez wykonawcę muszą spełniać minimalne wymagania określone przez zamawiającego, nie muszą być pracownikami wykonawcy.
W przypadku gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub też przedmiotem zamówienia objęte jest wykonywanie dokumentacji projektowej, dla potwierdzenia spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy zobowiązani są do załączenia do oferty lub wniosku:

- właściwych uprawnień wskazanych osób, przewidzianych do wykonywania określonych prac lub wykonywania określonych czynności – pełnienia określonych obowiązków,
- dokumentów potwierdzających przynależność tych osób do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa.

3.1.6.3.4. Potencjał ekonomiczno – finansowy

Zamawiający nie ma powodu dokonywać kompleksowej analizy wiarygodności ekonomicznej wykonawców. Celem badania nie jest przygotowanie np. decyzji o zakupie przedsiębiorstwa wykonawcy, lecz upewnienie się, że, w razie uzyskania zamówienia, podmiot ten dysponuje potencjałem niezbędnym do jego realizacji. W szczególności badanie potencjału ekonomicznego wykonawców ma na celu zapewnienie, że

1) będą w stanie sfinansować, co najmniej pierwszy etap realizacji zamówienia, do otrzymania pierwszej płatności od zamawiającego,
2) przez cały okres realizacji zamówienia będą się znajdowali w sytuacji finansowej umożliwiającej terminowe regulowanie zobowiązań wobec Skarbu Państwa oraz swoich kontrahentów,
3) w razie opóźnienia płatności będą w stanie kontynuować realizację zamówienia przy wykorzystaniu własnych środków,
4) dysponują służbami finansowymi zdolnymi do wykonania niezbędnych operacji finansowych związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający winien najpierw rozstrzygnąć, czy – tak, jak w innych obszarach wiarygodności – postawienie jakichkolwiek warunków dotyczących sytuacji finansowej wykonawcy jest w ogóle potrzebne. Realizacja większości zamówień na dostawy nie wymaga szczególnego potencjału ekonomicznego. Podobnie, wykonanie większości usług opłacanych sukcesywnie przez zamawiającego. Jednak w przypadku zamówień kapitałochłonnych lub skomplikowanych i długookresowych projektów trudności finansowe wykonawcy mogą zagrozić lub uniemożliwić wykonanie zamówienia. Każda obiektywna metoda kwalifikacji wykonawców musi się opierać na danych zawartych w dokumentach podmiotowych. Jeżeli chodzi o wiarygodność finansową, zamawiający może żądać sprawozdań finansowych, informacji z banku oraz polisy ubezpieczenia OC. Dlatego też zamawiający może postawić warunki co do wielkości poszczególnych pozycji bilansowych lub wielkości wskaźników wyliczonych na podstawie danych bilansowych. Prawdą jest, ze badanie poszczególnych wskaźników w oderwaniu od siebie jest analizą fragmentaryczną, nieuwzględniającą innych danych i może być krzywdząca dla jakiegoś wykonawcy, lecz – jak się wydaje – zamawiający nie ma innej możliwości. Zamawiający winien formułować warunki w sposób maksymalnie elastyczny (lecz nadal jednoznaczny). Przy stawianiu warunków finansowych zamawiający musi uwzględnić sytuację podmiotów działających w branży, w której dokonywane jest zamówienie. Punktem odniesienia są publikacje obrazujące rzeczywistą sytuację firm działających na rynku krajowym (np. publikacje Głównego Urzędu Statystycznego). Jeżeli zamawiający określi warunek całkowicie różny od np. średniej wielkości tego wskaźnika podawanej przez GUS, może powstać uzasadniony zarzut naruszenia uczciwej konkurencji (niezależnie od tego, że np. uznany podręcznik ekonomii określa danà wysokość wskaźnika jako pożądaną).
Zamawiający może dokonać pełnej analizy wskaźnikowej tylko takiego podmiotu, który, zgodnie z ustawą o rachunkowości, jest zobowiązany do sporządzania sprawozdań finansowych. Dlatego też szczegółowe warunki ekonomiczne mogą być stosowane wyłącznie w przypadku dużych zamówień.

Przy mniejszych zamówieniach zamawiający musi ograniczyć się do warunków możliwych do sprawdzenia na podstawie informacji o wysokości obrotów, zysku, zobowiązań i należności wykonawcy.
W celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, Komisja Przetargowa może żądać następujących dokumentów;

1) **Sprawozdania finansowego** (zgodnie z art. 45 ust.2 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości[93] sprawozdanie składa się z bilansu, rachunku zysków i strat, informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania oraz dodatkowe informacje i objaśnienia), a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanym sprawozdaniu albo w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Podstawowym źródłem informacji o potencjale ekonomicznym wykonawcy jest bilans i rachunek zysków i strat. Z dokumentów tych Komisja Przetargowa może uzyskać większość informacji niezbędnych do stwierdzenia spełnienia warunków przez wykonawcę. W przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego Komisja Przetargowa może zobowiązać wykonawcę do sporządzenia stosownej informacji na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 23.**
2) **Informacji banku**, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy , potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Informacja ta może służyć do potwierdzenia spełniania warunku dostępności środków finansowych. Komisja Przetargowa nie może żądać jednej z dwóch wskazanych informacji. Wykonawca może wybrać sposób potwierdzenia dostępności środków finansowych: informację o stanie konta lub informację o zdolności kredytowej (albo częściowo w jeden sposób, częściowo w drugi). Wykonawca musi zadbać, aby z informacji banku wynikało potwierdzenie spełniania warunku. Jeżeli Komisja Przetargowa np. wymaga dysponowania kwotę 400 000 zł, to informacja, iż średni stan środków na koncie określa kwota 6 – cyfrowa nie potwierdza spełniania warunku. Właściwa informacja powinna stwierdzać np. że stan środków przewyższa kwotę 400 000 zł lub że stan środków na koncie określa kwota 7 – cyfrowa. Wątpliwości budzi dokument określany jako informacja banku potwierdzająca zdolność kredytową wykonawcy. Najlepszym potwierdzeniem zdolności kredytowej jest promesa. Gdyby jednak ograniczyć możliwe do przedłożenia dokumenty do promesy kredytowej, walor przepisu byłby znikomy (zważywszy na obowiązujące w bankach procedury uzyskiwania promes). Należy zwrócić uwagę, iż wykonawca winien przedstawić informacje z tego banku, który prowadzi jego podstawowy rachunek.
3) **Polisa lub inny dokument ubezpieczenia** potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. W sytuacji, gdy polisą objęta jest tylko część prowadzonej działalności gospodarczej, wykonawca, winien zadbać, aby część ta była tożsama z przedmiotem zamówienia.

3.1.6.3.5. Jakość produktów i usług

Nowym dokumentem, jakiego zamawiający może żądać od wykonawcy, jest zaświadczenie potwierdzające, że wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie świadczenia dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia (**§ 1 ust. 2 pkt 6 i 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów).** Możliwość żądania takiego dokumentu

[93] Dz. U. Nr z 2002 r. Nr 76, poz. 694 z późn. zm.

wynika bezpośrednio z treści prawa europejskiego (Dyrektywa 93/36/EWG oraz Dyrektywa 92/50/EWG). Należy zauważyć, że przepis rozporządzenia daje zamawiającemu możliwość żądania od wykonawcy zaświadczenia wydanego przez uprawniony podmiot, nie wskazując przy tym konkretnego zaświadczenia (certyfikatu). Dopuszczenie możliwości żądania przez zamawiającego konkretnego zaświadczenia (certyfikatu) oznaczałoby naruszenie zasady konkurencyjności. **Dlatego też zamawiający nie może w SIWZ żądać złożenia konkretnego certyfikatu. Zamawiający powinien uznać każdy z certyfikatów złożony przez wykonawcę, a nawet równoważny dokument potwierdzający jakość świadczonych usług, jeżeli wykonawca nie mógł w terminie uzyskać wymaganego zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości.**
I jeszcze dwie uwagi przy sporządzaniu SIWZ w zakresie dotyczącym dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warto w treści SIWZ zawrzeć, może nawet w wyraźnie wyodrębnionych punktach, szczegółowe wymagania dotyczące tej kwestii w odniesieniu do:

- wykonawców, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, oraz
- wykonawców składających ofertę wspólnie.

3.1.6.4. Wykonawcy, mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

W odniesieniu do tych wykonawców zamawiający, celem potwierdzenia spełniania warunków, stanowiących o prawie do ubiegania się o zamówienie publiczne zobowiązany jest żądać następujących dokumentów:

1. Dokument lub dokumenty, wystawione zgodnie z prawem kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające odpowiednio, że
   1) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
   2) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,
   3) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.
2. Zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. **24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy**, wystawionym nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.
3. Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje wskazanych dokumentów **zastępuje się** je dokumentem zawierającym **oświadczenie** złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio **kraju pochodzenia** osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

I podobnie, jak w odniesieniu do wykonawców krajowych:

4. Koncesja, zezwolenie lub licencja, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym,
5. Dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;

żądane oczywiście będą tylko wówczas, gdy wykonanie przedmiotowego zamówienia wymaga posiadania przez wykonawcę stosownego uprawnienia (koncesji, zezwolenia lub licencji) lub też wówczas, gdy wykonanie określonych prac lub czynności związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia wymaga od osób je wykonujących właściwych uprawnień.

Ustalenie kraju, z którego wykonawca obowiązany jest uzyskać wymagane zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego, wymaga precyzyjnego określenia pojęcia „**kraj pochodzenia**”. **Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2004 r. w sprawie dokumentów,** nie definiuje go. Nie definiuje go również **ustawa.** Wobec tego punktem wyjścia do poprawnego zinterpretowania tego pojęcia przyjęte w odrębnych przepisach prawa. „**Kraj pochodzenia**” został zdefiniowany w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej[94]. **Zgodnie z jej art. 2 pkt 9 krajem pochodzenia jest państwo, którego obywatelem jest cudzoziemiec, a w przypadku cudzoziemca, którego obywatelstwa nie da się ustalić lub który nie posiada obywatelstwa żadnego państwa – państwo, w którym stale zamieszkuje**. Jeżeli zatem wykonawca w zakresie określonym w **art. 24 ust. 1 pkt 4 –8 ustawy** zobowiązany został przez zamawiającego do złożenia odpowiedniego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia danej osoby, powinien brać pod uwagę państwo, którego obywatelstwo posiada dana osoba. Dopiero wtedy, gdy nie da się ustalić lub gdy taka osoba nie posiada obywatelstwa żadnego państwa, bierze pod uwagę państwo, w którym stale zamieszkuje.

3.1.6.5. Wykonawcy składający ofertę wspólnie

Podstawowym powodem wspólnego ubiegania się o zamówienie jest połączenie potencjałów poszczególnych wykonawców. Dlatego też, jak wspomniano, zamawiający powinien w większości przypadków rozpatrywać łączny potencjał członków konsorcjum. Najlepszym przykładem prostego sumowania potencjałów wykonawców jest kwestia dysponowania środkami. Bez wątpienia konsorcjum może wykazać, że dysponuje określonymi środkami w ten sposób, że jeden, niektórzy lub każdy z członków konsorcjum wniesie do realizacji zamówienia określoną część składającą się na łączną wymaganą kwotę. Bez większych problemów można zwykle łączyć potencjał techniczny. Urządzenia, którymi dysponują poszczególni wykonawcy mogą być przez nich albo używane wspólnie, albo przez każdego z nich do realizacji przyjętego na siebie zakresu zamówienia. Można zapewne wskazać wyjątki od tej zasady, np. poszczególni wykonawcy dysponują urządzeniami niekompatybilnymi, które nie mogą być łącznie użyte (różne oprogramowanie narzędziowe niezbędne do opracowania systemu informatycznego).
Jeśli chodzi o potencjał kadrowy, to problemy powstają w sytuacji, gdy realizacja zamówienia wymaga pracy zespołowej. Wysokie kwalifikacje poszczególnych osób mogą nie być wystarczającym potwierdzeniem ich możliwości, jeśli nigdy osoby te nie pracowały razem (jako zespół). W takiej sytuacji zamawiający ma prawo wymagać dysponowania odpowiednio doświadczonym zespołem osób (nie sumą osób o odpowiednich kwalifikacjach). Wiele nieporozumień wywołuje spełnianie przez konsorcjum warunków dotyczących doświadczenia. Wykonawcy mogą uzupełniać się doświadczeniem w tym znaczeniu, że każdy z nich wykaże wykonanie określonej liczby zamówień obejmujących zakres zbliżony do tego, jaki przyjmują na siebie w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia (jeden z wykonawców dostarczał produkty, drugi wykonywał usługi serwisowe tych produktów). Nie można jednak sumować doświadczenia wykonawców w ten sposób, iż jeśli zamawiający wymagał wcześniejszej realizacji co najmniej trzech zamówień, to warunek został spełniony przez konsorcjum trzech firm, z których każda wykonała tylko jedno zamówienie. **W takiej sytuacji należy uznać, że żaden z członków konsorcjum nie posiada wymaganego doświadczenia**. Często wątpliwości budzi, czy zamawiający może stawiać wymagania dotyczące poszczególnych wykonawców w zakresie warunków podlegających sumowaniu. Najczęściej wymaganie formułowane jest w ten sposób, że – poza koniecznością łącznego spełnienia warunku przez członków konsorcjum – wymagane jest, aby jeden członek konsorcjum spełniał warunek co najmniej w jakiejś części. Najlepszym przykładem zastosowania tej formuły jest przychód wykonawcy: w przypadku

[94] Dz. U. Nr 128, poz. 1176 z późn. zm.

konsorcjum przychód konsorcjantów podlega sumowaniu, jednak jeden z członków konsorcjum winien wykazać przychód w wysokości co najmniej np. połowy wielkości wymaganej. Zamawiający ma prawo postawić takie wymagania zapobiegające nadmiernemu „rozdrobnieniu" konsorcjum (o ile jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia).
W odniesieniu do tych wykonawców, warto jest w SIWZ zawrzeć stosowny zapis wskazujący na obowiązek załączenia przez każdego z nich wszystkich wymaganych dokumentów, celem potwierdzenia warunków uprawniających każdego z nich oddzielnie do ubiegania się o zamówienie publiczne.
Wyjątkiem może być jedynie kwestia uprawnień osób wskazanych do wykonywania określonych czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.
W tym zakresie zamawiający powinien przyjąć zasadę wykładni celowościowej. Przykładowo, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia, zgodnie z **art. 2 pkt 8 ustawy** są roboty budowlane, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu, nieuzasadnionym byłoby stanowienie bezwzględnego wymogu, aby każdy z wykonawców składający ofertę wspólnie dysponował osobami z uprawnieniami projektowymi i wykonawczymi. Ten warunek wystarczy, że zostanie spełniony łącznie poprzez sumaryczną ocenę wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie.

3.1.6.6. Warunki wymagane od każdego członka konsorcjum

Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców nie może doprowadzić do uzyskania zamówienia publicznego przez podmiot niespełniający warunków formalnych. Dlatego też wszystkie omówione wyżej warunki formalne określone w **art. 24 ustawy** winien spełniać każdy z członków konsorcjum. Jeśli choćby jeden z nich nie spełnia choćby jednego warunku, całe konsorcjum musi zostać wykluczone z ubiegania się o zamówienie publiczne.
Jeśli chodzi o warunki merytoryczne, to – choć co do zasady ich spełnienie winni wykazać łącznie członkowie konsorcjum – niektóre warunki mogą dotyczyć każdego członka konsorcjum. Przykładowo, jeśli Komisja Przetargowa postawi warunek osiągania zysku lub zadłużenia wykonawcy łączna ocena jego spełniania pozbawiona będzie sensu.
Po pierwsze – liczenie „średniego zysku" byłoby absurdem.
Po drugie – „upadający" w trakcie realizacji zamówienia publicznego członek konsorcjum nie będzie „ratowany" przez innych konsorcjantów. Przejmą oni, co prawda odpowiedzialność za wykonanie zamówienia odpowiednim potencjałem technicznym i kadrowym dla wykonania prac przypadających na tę firmę.
Dodać należy, że zastąpienie jednego członka konsorcjum innym wykonawcą nastąpić może jedynie w drodze udzielenia odrębnego zamówienia (zamówienie może być wykonywane wyłącznie przez podmiot wybrany w trybie **ustawy - art. 7 ust. 3.**

3.1.6.6.1. Członek konsorcjum a podwykonawca

Prawna sytuacja członka konsorcjum znacznie różni się od podwykonawcy. Członek konsorcjum jest wykonawcą zamówienia ze wszystkimi konsekwencjami. W szczególności nie może podlegać wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie publiczne oraz ma prawo do otrzymania referencji z wykonanego zamówienia (choć referencje powinny stwierdzać, że wykonanie nastąpiło wspólnie z innymi podmiotami i wskazywać zakres wykonany przez danego wykonawcę).
Jeśli chodzi o podwykonawców, to nie podlegają oni badaniu na okoliczność spełniania warunków formalnych określonych w **art. 24 ustawy** (z wyjątkiem sytuacji określonej w **ust. 2 pkt 1** tegoż artykułu). W rezultacie podwykonawcą może być firma wykluczona z ubiegania się o zamówienie publiczne. Potencjał techniczny i kadrowy podwykonawcy może być de facto badany dzięki sformułowaniu warunków w tym zakresie jako „posiadanie" lub „dysponowanie" sprzętem i osobami. Przyjmuje się, że wykonawca może wykazać, iż dysponuje sprzętem będącym własnością podwykonawcy oraz jego pracownikami. Z drugiej strony, nie jest możliwe wskazywanie przez

wykonawcę potencjału ekonomicznego podwykonawcy w celu potwierdzenia warunków podmiotowych w tym zakresie.
Najwięcej wątpliwości dotyczy jednak doświadczenia: czy wykonawca może powoływać się na doświadczenie podwykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków wymaganych od wykonawców ? Doświadczenie podwykonawcy z pewnością nie jest doświadczeniem wykonawcy (często posługiwanie się podwykonawcami wynika właśnie z braku odpowiednich kwalifikacji przez wykonawcę), tymczasem **art. 22 ust.1 pkt 2** wymaga od wykonawcy niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Z drugiej strony, wśród dokumentów podmiotowych wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów znajduje się „wykaz podmiotów, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych czynności" (§ 1 ust.2 pkt 3). Komisja Przetargowa może zatem żądać informacji, których mogłyby potwierdzić spełnianie przez podwykonawców warunków dotyczących doświadczenia (pojęcie „kwalifikacje" należy, jak się wydaje, traktować szeroko jako potencjał techniczny, kadrowy i doświadczenie). Rozstrzygając ten problem należy mieć na uwadze zarówno powszechną praktykę wykonywania wielu zamówień przy udziale wyspecjalizowanych podwykonawców, jak i zapobieganie przekazywaniu środków publicznych firmom niewiarygodnym (co jest podstawowym celem regulacji **art. 24 ustawy**).

3.1.6.6.2. Umowa konsorcjum

Zgodnie z postanowieniami art. **23 ust. 4 ustawy** jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy regulującej współpracę tych wykonawców.
W przypadku przewidywania żądania takiej umowy, Komisja przetargowa powinna zamieścić stosowne postanowienie w SIWZ w punkcie, o którym mowa w **art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy**.

3.1.6.7.Dokumenty potwierdzające warunki udziału ukształtowane szczegółowo przez zamawiającego

W tym zakresie przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, zawierają w § 1 ust. 2 i 3 katalog dokumentów, spośród których zamawiający wskazuje na te dokumenty, które wykonawcy zobowiązani będą do złożenia zgodnie z ukształtowanymi przez zamawiającego warunkami:
Warto przy tej okazji zwrócić uwagę, że niektóre ze wskazanych dokumentów dotyczą:

- dostaw (§ 1 ust.2 pkt 5, 6 i 8),
- usług (§ 1 ust. 2 pkt 5, 7 i 8),
- robót budowlanych (§ 1 ust.2 pkt 4).

A więc żądanie tych dokumentów ograniczone jest tylko do właściwego rodzaju zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane).

3.1.6.8. Regulacje szczególne w zakresie warunków udziału w postępowaniu i dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków

Od przedstawionych wyżej zasad stawiania warunków podmiotowych i potwierdzania spełniania tych warunków dokumentami wymienionymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, **ustawa** przewiduje trzy wyjątki:

1. Jeśli zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiotem jest **dostawa wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej, dostawy energii z sieci elektroenergetycznej, dostawy gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej, powszechne usługi pocztowe w rozumieniu ustawy - Prawo pocztowe oraz usługi przesyłowe energii elektrycznej, ciepła i paliw gazowych**, nie stosuje się ani przepisów o

wykluczeniu z postępowania ani – konsekwentnie – obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków (**art. 67 ust. 4 ustawy**). W sytuacjach tych zamawiający nie ma możliwości wyboru wykonawcy.

2. W przypadkach prowadzenia postępowania na zasadach szczególnych w związku z zamówieniami udzielanymi w celu zapobieżenia bezpośrednich skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej zamawiający ma prawo odstąpienia od żądania przedstawienia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
3. W przypadku udzielania zamówienia sektorowego zamawiający, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, może również żądać przedstawienia innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu.

3.1.6.9. Forma składanych dokumentów

Jeszcze jedna kwestia została uregulowana w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów budząca dotychczas wiele wątpliwości tak zamawiających, jak i wykonawców, a mianowicie forma w jakiej dokumenty te mogą być składane.
Ustawodawca w § 4 ust. 1 wyraźnie zapisał, że dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez wykonawcę.
W przypadku składania dokumentów w postaci elektronicznej, powinny być opatrzone przez podmiot wystawiający lub przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.
Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona przez wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi uzasadnione wątpliwości co do jej prawdziwości, z zamawiający nie może sprawdzić jej prawdziwości w inny sposób.
Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, sporządzonym lub poświadczonym przez tłumacza przysięgłego. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyrazi zgodę, o której mowa w **art. 9 ust. 3 ustawy**.
Informacja dotycząca formy składanych dokumentów bezwzględnie winna się znaleźć w odpowiednim punkcie SIWZ.

3.1.7. Informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami – art. 36 ust.1 pkt 7 ustawy

Zgodnie z postanowieniami **art. 36 ust.1 pkt 7 ustawy** Komisja Przetargowa zobowiązana jest zawrzeć w SIWZ informację o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz o sposobie przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji.
Zgodnie, bowiem z nowym brzmieniem **art. 27 ustawy**, w postępowaniach o udzielenie zamówienia (bez względu na jego wartość) oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie **z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.** Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania (**art. 27 ust. 2 ustawy**).
Wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji. Zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w **ustawie**.
Zaleca się, aby szczególnie w sprawach składanych protestów dopuścić możliwość składnia ich faksem lub drogą elektroniczną lub faksem. Komisja Przetargowa powinna zawrzeć w SIWZ stosowne zapisy w tej sprawie

Komisja Przetargowa zgodnie z postanowieniami **art. 36 ust.1 pkt 7 ustawy** winna ponadto wskazać imiona i nazwiska osób (co najmniej dwa) uprawnionych do kontaktowania się z wykonawcami oraz określić sposób kontaktowania się z tymi osobami poprzez podanie ich siedziby (nr pokoju),numeru telefonu i adresu poczty elektronicznej oraz godzin, w jakich ten kontakt jest możliwy.

3.1.8. Wymagania dotyczące wadium – art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy

Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne (**art. 45 ust. 1 ustawy**). Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium (**art. 45 ust. 2 ustawy**).
Wadium (poręka) zabezpiecza przed bezzasadnym uchyleniem się zwycięskiego oferenta od zawarcia umowy, a także zapobiega składaniu ofert przez lekkomyślnych wykonawców dla samego uzyskania zamówienia bez liczenia się z koniecznością zawarcia umowy i z konsekwencjami prawidłowego jej wykonania. Wadium jest obligatoryjne przy przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym, przy negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym jeżeli szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, natomiast w trybie negocjacji bez ogłoszenia wadium jest fakultatywne (**art. 64 ust. 2 ustawy**) i zależy wyłącznie od swobodnej woli zamawiającego, czyli od tego czy zamawiający uczynili je przedmiotem dodatkowego zastrzeżenia w postanowieniach zawartych w SIWZ. Podobnie też przy licytacji elektronicznej (**art. 76 ust. 3 ustawy**). W zakresie procedury zapytania o cenę wadium nie zostało dopuszczone, jak również w postępowaniu o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdzie stałoby się zupełnie bezprzedmiotowe (**art. 71 ust. 2 ustawy)**
Wadium ustala kwotowo zamawiający na mocy SIWZ w granicach od **0,5% do 3 % szacunkowej wartości zamówienia** kierując się nie tylko tą wartością, lecz także spodziewanymi zagrożeniami. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, określa kwotę wadium dla każdej części zamówienia. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający na mocy SIWZ powinien podać niezbędne instrukcje co do sposobów wywiązania się z obowiązku wadialnego, ale nie może narzucać zainteresowanym żadnych form wadium. W przypadku gdy ubiegający się o zamówienie nie wniósł w terminie wymaganego wadium podlega wykluczeniu z postępowania **(art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy).**
Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:
- pieniądzu,
- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,
- gwarancjach bankowych,
- gwarancjach ubezpieczeniowych,
- 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.).

Wybór formy zależy od oferenta, który zgodnie z instrukcją zawartą w SIWZ powinien dopełnić koniecznych formalności jeszcze przed terminem do składania ofert. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Poręczenia i gwarancje są umowami regulowanymi w odrębnych przepisach. Forma pisemna jest jednak wymagana tylko do oświadczenia poręczyciela (art. 876 § 2 Kc) lub gwaranta (art. 81 prawa bankowego), natomiast oświadczenie beneficjenta (zamawiającego) może być złożone w inny sposób, nawet dorozumiany, w drodze prostego przyjęcia dokumentów, ponieważ nie jest to czynność postępowania. Nie jest dopuszczalne dołączanie dokumentu poręczenia (gwarancji) do oferty. Wadium wniesione w pieniądzu musi być przechowywane przez zamawiającego na rachunku bankowym (**art. 45 ust. 8 ustawy**).
W przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej, poręczenia bankowego i poręczenia udzielonego 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, gwarancja lub poręczenie powinny być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i w szczególności winny zawierać następujące elementy:

a) nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji lub poręczenia (zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) lub poręczenia (banku lub podmiotu, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r) oraz wskazanie ich siedzib,
b) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją lub poręczeniem,
c) kwotę gwarancji lub poręczenia,
d) termin ważności gwarancji lub poręczenia,
e) stwierdzenie, że gwarancja lub poręcznie są nieodwołalne w trakcie obowiązywania i bezwarunkowe,
f) zobowiązanie gwaranta do: „zapłacenia kwoty gwarancji (poręczenia) na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego zawierające oświadczenie, iż wykonawca, którego ofertę wybrano:
    - odmówił podpisania umowy na warunkach określonych we ofercie, lub
    - nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
    - zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy".

Gwarant (poręczyciel) nie może także uzależniać zapłaty od spełnienia przez zamawiającego jakichkolwiek warunków lub też przedłożenia jakiejkolwiek dokumentacji.Gwarancja (poręczenie) może zawierać zastrzeżenie gwaranta (poręczyciela), że pisemne żądanie zapłaty musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego.

W ocenie Zespołu Arbitrów[95] wadium ma rolę zabezpieczenia udziału w postępowaniu i skutkiem złożenia wadliwego dokumentu w tym zakresie jest uznanie, że zaistniała wada skutkująca wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Złożenie dokumentu niespełniającego wymogów dla realizacji uprawnienia zamawiającego opisanego art. 46 ust. 5 ustawy kwalifikowane więc być powinno jako niezłożenie wadium. Sytuacja ta nie może być naprawiana w drodze wezwania do złożenia oświadczenia i dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub uzupełnienia dokumentu zawierającego błędy w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy. Późniejsze uzupełnienie dokonane na wezwanie zamawiającego jedynie potwierdza wcześniejsze niezłożenie dokumentu, który stanowiłby właściwe zabezpieczenie wadialne.

W uzasadnionych przypadkach co najmniej na 7 dni przed upływem terminu związania ofertą zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Odmowa nie powoduje utraty wadium lecz pociąga konieczność wykluczenia oferenta z postępowania. Zgoda oferenta 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 **(art. 85 ust. 4 ustawy)**

Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, jeżeli:

- upłynął termin związania ofertą,
- zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy,
- zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia.

Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który:

- wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- został wykluczony z postępowania, albo którego
- oferta została odrzucona.

[95] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 26 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 301/07, publ. www.uzp.gov.pl

W ramach nowelizacji **ustawy** zmieniony został zapis **art. 46 ust. 3.** Zgodnie z jego nowym brzmieniem, zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawców, którym zwrócono wadium na podstawie **art. 46 ust.2 pkt 2 i 3 ustawy,** jeżeli w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniono czynność wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Wykonawcy wnoszą wadium w terminie określonym przez zamawiającego.
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.
Na wniosek wykonawcy, którego oferta została wybrana, wadium wniesione przez niego podlega zarachowaniu na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy (**art. 148 ust. 4 ustawy**).
Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:
- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Informacja o tym, w jakich przypadkach zamawiający zatrzymuje wadium musi bezwzględnie znaleźć się w stosowanych zapisach SIWZ. Ważne jest też aby w SIWZ zawrzeć informacje o tym, że w przypadku wadium składanego w formie poręczenie bankowego, gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej musi znaleźć się zapis wyraźnie określający, że w przypadku zaistnienia przesłanek wymienionych w **art. 46 ust. 5 ustawy** udzielający poręczenia lub gwarancji wypłaci wadium zamawiającemu bez zbędnej zwłoki na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego.
W SIWZ należy zawrzeć informację dotyczącą obowiązku wniesienia wadium oraz jego wysokości. Zgodnie z **art. 45 ust. 1 ustawy**, jeżeli wartość zamówienia publicznego przekracza progi unijne, wykonawca jest obowiązany wnieść wadium. Komisja Przetargowa ustala kwotę wadium w granicach **0,5 – 3 % wartości zamówienia**. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, należy określić kwotę wadium dla każdej części w granicach od **0,5% do 3 % wartości danej części zamówienia**.
Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, Komisja Przetargowa może w SIWZ zapisać, że wykonawca ma obowiązek wniesienia wadium w określonej kwocie.
Wadium wnoszone w pieniądzu wykonawca powinien wpłacić na konto podane w SIWZ . Numer konta na który wnoszone będzie wadium, merytoryczny wydział obowiązany jest ustalić z Naczelnikiem Wydziału Finansowego. **W SIWZ należy zaznaczyć, że jeżeli wykonawca dokonuje przelewu kwoty wadium na konto zamawiającego, to uznanie rachunku zamawiającego winno nastąpić przed terminem otwarcia ofert, a wykonawca winien złożyć w kasie Starostwa własnoręcznie poświadczoną kopię (z pieczęcią banku) przelewu wpłaty kwoty wadium na konto zamawiającego**. Spełnienie świadczenia bezgotówkowego jakie w tym przypadku będzie miało miejsce, zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego następuje w dniu uznania rachunku wierzyciela, chyba że strony stosunku zobowiązaniowego postanowiły inaczej[96].
Zamawiający żąda wniesienia wadium lub może żądać wniesienia wadium wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Postanowienia dotyczące wadium określa:
- w przetargu nieograniczonym **– art. 45 – 46,**
- w przetargu ograniczonym – **art. 53,**
- w negocjacjach z ogłoszeniem – **art. 60 ust.1,**
- dialogu konkurencyjnym – **art. 60e ust. 4**
- w negocjacjach bez ogłoszenia – **art. 64 ust. 2**,

[96] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywila z dnia 4 stycznia 2005 r., sygn. akt III CZP 164/94, publ.LexPolonica

- w licytacji elektronicznej – **art. 76 ust. 3**

W SIWZ należy zaznaczyć, że dokument dotyczący wniesienia wadium w innej formie niż w pieniądzu, winien być zdeponowany w kasie Starostwa przed upływem terminu składania ofert.

3.1.9. Termin związania ofertą – art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy

Termin związania ofertą to okres, biegnący od upływu terminu składania ofert do zawarcia umowy (art. 94 ust. 1 ustawy).

Termin związania ofertą musi wyznaczyć Komisja Przetargowa (a nie każdy z wykonawców dla siebie) i to jednakowy dla wszystkich.

Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:

- **30 dni** – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne,
- **90 dni** - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro,
- **60 dni** – w przypadku innej wartości zamówienia.

W uzasadnionych przypadkach, na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania złożoną ofertą, zamawiający może tylko jeden raz zwrócić się do wykonawców o przedłużenie tego terminu o **kolejne 60 dni**. Zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym wydłużeniem skuteczności wadium lub w połączeniu z ustanowieniem nowego wadium przetargowego. Odmowa wyrażenia zgody przez wykonawca nie powoduje utraty wadium, ale wykonawca podlega niestety wykluczeniu. Wykluczenie powoduje rozwiązanie stosunku przetargowego z udziałem takiego wykonawcy. Staje się wolny. Należy mu zwrócić wadium. Dlatego zamawiający nie może liczyć na taką zgodę i nie powinien dopuszczać do konieczności przedłużania powyższego terminu, gdyż nierzadko wtedy zmuszony będzie do unieważnienia postępowania z braku wystarczającej liczby ofert.

3.1.10. Opis sposobu przygotowania ofert – art. 36 ust 1 pkt 10 ustawy

Opis sposobu przygotowania ofert powinien być na tyle jasny i precyzyjny, aby eliminował możliwość złożenia oferty korzystnej merytorycznie, ale wadliwej formalnie. W tym punkcie Komisja Przetargowa powinna zamieścić informacje o:

- wymogu sporządzenia oferty i załączników do oferty na określonym formularzu zgodnym z treścią formularza zawartego w SIWZ,
- wymaganiach co treści i formy, w jakiej mają być złożone dokumenty potwierdzające wiarygodność wykonawcy,
- obowiązku złożenia oferty i załączników do niej w formie pisemnej,
- obowiązku złożenia tylko jednej oferty,
- języku, w jakim ma zostać sporządzona oferta (język polski, inny używany w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane),
- obowiązku parafowania zmian naniesionych przez wykonawcę przy sporządzeniu oferty,
- konieczności złożenia oferty w jednym lub kilku egzemplarzach,
- takim opakowaniu ofert, aby nie można było zapoznać się z ich treścią przed terminem otwarcia oraz opatrzenia opakowania nazwą i adresem zamawiającego, nazwą (firmą) i adresem wykonawcy, nazwą zamówienia oraz ostrzeżeniem, by nie otwierać opakowania przed określoną datą i godziną (terminem otwarcia ofert),
- konieczności lub zaleceniu ponumerowania wszystkich stron(kartek) oferty i umieszczeniu w treści oferty informacji z ilu stron (kartek) składa się ten dokument,
- obowiązku umieszczenia w osobnym opakowaniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
- sposobie, w jaki można dokonać zmian w złożonej ofercie lub ją wycofać.

SIWZ powinna w tym punkcie tak sformułowana, aby wykonawca mógł wiedzieć, które z wymagań zamawiającego nie stanowią o treści oferty, co oznacza, że ewentualne ich niespełnienie nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Samą ofertę wykonawca złożyć winien na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 24.**

3.1.11. Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert - art. 36 ust.1 pkt 11 ustawy

Komisja Przetargowa musi wyznaczyć termin i miejsce (adres) składania ofert. Termin należy określić co do daty, godziny i minuty, tym bardziej, że w tym samym dniu powinno dojść do otwarcia ofert. Termin do składania ofert jest sztywny (zawity) i w żadnym wypadku nie podlega przywróceniu, nawet gdyby opóźnienie było niewielkie, a uchybienie terminowi zawinił bezpośrednio posłaniec (poczta).
Miejsce składania ofert należy wskazać jako Biuro Zarządu Powiatu Starostwa Powiatowego w Pabianicach ul. Piłsudskiego 2, budynek A, I piętro, pokój nr 28.
Ofertę złożoną po terminie zwraca się bez otwierania po upływie terminu przewidzianego do wniesienia protestu. Termin do składania ofert liczy się od ogłoszenia przetargu i jest on maksymalny.

3.1.11.1. Termin składania ofert

3.1.11.2. Przetarg nieograniczony

Jeżeli wartość zamówienia **jest mniejsza niż progi unijne,** zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż **7 dni** od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych – nie krótszy niż **20 dni** .
Jeżeli wartość zamówienia **jest równa lub przekracza progi unijne**, termin składania ofert nie może być krótszy niż:
- **40 dni** od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UOPWE, **drogą elektroniczną**, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie,
- **47 dni** od dnia przekazania UOPWE, w inny sposób niż określony wyżej

W przypadkach gdy wartość zamówienia **jest równa lub przekracza progi unijne,** a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanym lub zamieszczonym w profilu nabywcy co najmniej na **52 dni** przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu UOPWE, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż:
1) **29 dni** – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UOPWE, drogą elektroniczną zgodnie z z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
2) **36 dni –** od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu UOPWE, w sposób inny niż określony w pkt 1.

3.1.11.3. Przetarg ograniczony

3.1.11.3.1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia wymaganych dokumentów, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.
Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż:

- **30 dni** - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- **37 dni** - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w inny sposób niż określony wyżej.

Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż:

- **10 dni** - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- **15 dni** - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich faksem.

3.1.11.3.2. Termin składania ofert w przetargu ograniczonym

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy **niż 7 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert **dla dostaw lub usług** i nie krótszy niż **14 dni dla robót budowlanych**.
Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, termin składania ofert nie może być krótszy niż **40 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.
W przypadku, o którym mowa wyżej, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż **36 dni**, jeżeli informacja o tym zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanym lub zamieszczonym w profilu nabywcy co najmniej na **52 dni** przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.
Jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może w przypadkach, kiedy wartość jest równa lub przekracza progi unijne, wyznaczyć krótszy termin składania ofert, z tym że termin ten nie może być krótszy niż **10 dni.**
Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne zamawiający może wyznaczyć termin o **5 dni,** jeżeli udostępnia SIWZ na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.

3.1.11.4. Negocjacje z ogłoszeniem

3.1.11.4.1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem

Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym (**art. 49 w związku z art. 56 ust. 3 ustawy**).

3.1.11.4.2. Termin składania ofert wstępnych

Zamawiający wyznacza termin składania ofert wstępnych, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty wstępnej, z tym że termin ten nie może być krótszy niż **10 dni** od dnia zaproszenia do składania ofert wstępnych (**art. 57 ust. 6 ustawy**).

3.1.11.4.3. Termin składania ofert

Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym, że termin ten nie może być krótszy niż **10 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert (**art. 60 ust. 3 ustawy**).

3.1.11.5. Dialog konkurencyjny

3.1.11.5.1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu

Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące terminów stosuje się odpowiednio terminy o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym (**art. 49 w związku art. 60c ust. 2 ustawy**).

3.1.11.5.2. Termin składania ofert

Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert (**art. 60e ust.4 ustawy**).

3.1.11.6. Negocjacje bez ogłoszenia

3.1.11.6.1. Termin negocjacji

Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji, w którym określa termin i miejsce negocjacji. (**art. 63 ust.1 pkt 8 ustawy**).

3.1.11.6.2. Termin składania ofert

Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty (**art. 64 ust. 1 ustawy**).

3.1.11.7. Zamówienie z wolnej ręki

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (**art. 66 ustawy**). Wraz zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Zamawiający wyznacza termin negocjacji z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie oferty.

3.1.11.8. Zapytanie o cenę

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.
Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty. (**art. 64 ust.1 w związku z art. 73 ustawy**).

3.1.11.9. Licytacja elektroniczna

3.1.11.9.1. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji

Zamawiający wyznacza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej nie krótszy niż **7 dni** od dnia ogłoszenia (**art. 76 ust. 1 ustawy**).

3.1.11.9.2. Termin otwarcia licytacji elektronicznej

Zamawiający otwiera licytację elektroniczną w terminie określonym w ogłoszeniu, z tym że termin ten nie może być krótszy niż **5 dni** od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert (**art. 76 ust. 4 ustawy**).

3.1.11.10. Aukcja elektroniczna

Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie **art. 55 ust.1 pkt 1**, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.
Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (**art. 91b ust. 1 ustawy**).
Termin otwarcia aukcji nie może być krótszy niż **2 dni** robocze od dnia przekazania zaproszenia (**art. 91b ust. 3 ustawy**).

3.1.11.11. Dynamiczny system zakupów

3.1.11.11.1. Składanie ofert orientacyjnych

W celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcy mogą składać oferty orientacyjne, przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów (**art. 105 ust. 1 ustawy**). Zamawiający dokonuje oceny oferty orientacyjnej w terminie nie dłuższym niż **15 dni** od dnia jej otrzymania (**art. 105 ust. 4 ustawy**).Zamawiający informuje niezwłocznie wykonawcę o dopuszczeniu do udziału w dynamicznym systemie zakupów albo o odmowie dopuszczenia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (**art. 105 ust. 5 ustawy**).
W odpowiedzi na uproszczone ogłoszenie o zamówieniu wykonawca, który dotychczas nie był dopuszczony do udziału w dynamicznym systemie zakupów, składa ofertę orientacyjną w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, nie krótszym niż **15 dni** od dnia zamieszczenia tego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (**art. 107 ust. 1 ustawy**). Zamawiający niezwłocznie dokonuje oceny ofert orientacyjnych.

3.1.11.11.2. Składanie ofert

Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty (**art. 108 ust. 2 ustawy**)

3.1.12. Opis sposobu obliczenia ceny – art. 36 ust.1 pkt 12 ustawy

Stosownie do postanowień **art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy** Komisja Przetargowa obowiązana jest zawrzeć w SIWZ opis sposobu obliczania ceny. Opis sposobu obliczania ceny zawarty w SIWZ zależał będzie od przedmiotu zamówienia.

3.1.12.1.Opis sposobu obliczenia ceny na dostawy i usługi

Niezależnie od stosowania przez Komisję Przetargową różnych kryteriów oceny ofert, cena jest najważniejszym z nich. Nawet, jeśli cena oferty nie jest jedynym kryterium oceny, to zwykle jego waga (znaczenie) jest najwyższa. W większości postępowań to właśnie niska cena decyduje o udzieleniu zamówienia. Dlatego też niezwykle istotną częścią SIWZ jest opis sposobu obliczania i przedstawiania ceny oferty. Celem tej części SIWZ jest:

- zapewnienie porównywalności ofert poprzez ujednolicenie sposobu wyceny stosowanego przez wszystkich wykonawców,
- dostarczenie zamawiającemu informacji o strukturze kosztów i powodach takiej a nie innej ceny,
- umożliwienie rzetelnych (odpowiadających wykonanemu zakresowi) rozliczeń między zamawiającym a wykonawcą – w przypadku umów innych, niż ryczałtowa.

W sytuacji, gdy zamawiający przewiduje zawarcie umowy ryczałtowej, żądanie sporządzenia jakiejkolwiek kalkulacji jest nieuzasadnione (niezależnie od nakładu pracy i rzeczywistych kosztów poniesionych przez wykonawcę w związku z realizacją zamówienia otrzyma on wynagrodzenie w ustalonej wysokości). Ponieważ jednak w wyniku udzielenia zamówienia może zostać zawarta każda umowa nazwana lub dowolna umowa nienazwana (będąca kompilacją kilku umów nazwanych lub opracowana samodzielnie przez zamawiającego, zgodnie z zasadą swobody umów), zasady rozliczeń mogą opierać się na różnych podstawach.

Opis sposobu obliczania ceny winien być pełny, precyzyjny i przejrzysty. Komisja Przetargowa powinna przesądzić, jakie koszty winny być ujęte w cenie, jaką szczegółową kalkulację winien przedłożyć wykonawca i w jaki sposób cena (i sposób jej obliczenia) winny być przedstawione. Opis sposobu obliczania ceny musi być pochodną opisu przedmiotu zamówienia oraz musi być skorelowany ze wzorem umowy, zwłaszcza w zakresie rozliczenia zamówienia. Dobrą praktyką jest opracowanie i przekazanie wykonawcom do wypełnienia formularza cenowego. Instrukcja wypełniania tego formularza stanowić winna część instrukcji dla wykonawców zawartej w SIWZ.

Najczęściej spotykanym formularzem cenowym (zwłaszcza w przypadku dostaw) jest „lista zakupów", na której Komisja Przetargowa wymienia wszystkie pozycje nabywanych rzeczy i określa ich ilości. Często koniecznym jest jednoznaczne określenie również jednostki miary. Zadaniem Komisji Przetargowej jest wypełnienie kolumn określających przedmiot, jednostkę miary oraz ilość. Wykonawca jest proszony o podanie cen jednostkowych oraz wartości poprzez pomnożenie tych cen przez ilości poszczególnych rzeczy. Ceną oferty winna być suma wartości poszczególnych pozycji. Tego rodzaju formularz cenowy jest niezbędny w sytuacji, gdy Komisja Przetargowa przewiduje rozliczenie „ilościowo – ryczałtowe", w którym ostateczna wartość umowy zależy od faktycznie zamówionych ilości poszczególnych rzeczy. Z uwagi na stopień skomplikowania formularza i ilość koniecznych do wykonania działań matematycznych przy jego wypełnianiu, istnieje duże niebezpieczeństwo popełnienia błędu przy obliczaniu ceny.

Komisja Przetargowa może przestać na żądaniu wyceny niektórych składników (elementów) składających się na cenę oferty. Istotnych może być tylko kilka elementów składowych. W takiej sytuacji może posłużyć się prostszym formularzem cenowym, wyszczególniającym elementy (zadania) wymagające odrębnej wyceny. Komisja Przetargowa powinna wymienić tylko te elementy, których wycena jest potrzebna ze względu na cele tworzenia formularzy cenowych określone wyżej. Tego typu formularz stosuje się zarówno w przypadku dostaw (najczęściej elementami wycenianymi osobno są wtedy usługi towarzyszące: transport, montaż, szkolenie itp), jak i usług (których elementami są różne czynności i zadania).

Ceną za wykonanie zamówienia można określić poprzez wskazanie podstaw jej ustalenia. Taką podstawą może być cena producenta, od której odejmowany jest procentowo określony upust lub do której dodawana jest procentowo określona marża. Wykonawcy konkurują wysokością upustów i/lub marż. Również umowa określa wysokości cen poprzez wysokość upustów/ marż. Umowa taka pozostaje aktualna niezależnie od tego, jak często i jak bardzo zmieniają się ceny producenta. Stosowanie tego modelu winno być jednak ograniczone do sytuacji monopolu producenta (wyłącznego przedstawiciela, wydawcy).

W przypadku rynku konkurencyjnego podstawą kalkulacji ceny może być średnia cena rynkowa. Średnia cena jako podstawa określania wysokości wynagrodzenia musi spełniać następujące warunki:

- **Jej wysokość musi być niezależna od stron umowy**, tak aby ani zamawiający, ani wykonawca zamówienia nie mogli manipulować wysokością tej ceny. Jeśli wykonawca zamówienia ma istotny udział w rynku i pomijanie jego ceny byłoby działaniem sztucznym, można przy liczeniu średniej brać pod uwagę jego cenę,

- **Średnia cena musi być łatwa do wyliczenia i jednoznaczna.** Zamawiający może określić punkt odniesienia jako np. średnią cenę liczoną przez niezależne podmioty monitorujące rynek. Jeśli brak jest takich danych można oprzeć się na cenach kilku wiodących dostawców. Oczywiście, w obu przypadkach ważne jest, aby ceny te były „oficjalne", tzn. łatwo dostępne, publikowane, zamieszczane w Internecie, itp.

W przypadku szeregu usług niematerialnych podstawą określenia wysokości wynagrodzenia może być cena za godzinę (dzień) pracy. Zarządzanie taką umową wymaga nadzoru ze strony zamawiającego albo w postaci weryfikacji planowanego nakładu pracy na wykonanie określonego zadania, albo bieżącej kontroli ilości i jakości poświęconego na realizację zadania czasu. Bardzo pomocne w tym zakresie mogą być wszelkiego rodzaju normy nakładu pracy, również środowiskowe lub zakładowe (określone przez zamawiającego). Zwykle można żądać ujęcia w cenie robocizny również kosztów użycia podstawowego sprzętu i narzędzi (w przeciwnym razie należy określić również podstawę wyceny pracy sprzętu).

Podstawowym problemem w przypadku usług materialnych jest rozliczenie kosztów użytych materiałów. Można wskazać różne sposoby rozliczenia tych kosztów:

- **Zamawiający zapewnia materiały**. Zadaniem wykonawcy jest zgłoszenie potrzeb materiałowych, a zamawiającego zakupienie i dostarczenie wykonawcy materiałów.
- **Zwrot kosztów za użyte materiały następuje według cen producenta** (pomniejszonych ewentualnie o zaoferowane przez wykonawcę upusty).
- **Refakturowanie**. Zamawiający może przesądzić, że będzie zwracał wykonawcy koszty materiałów w wysokości wynikającej z przedstawionej faktury ich zakupu.
- **Cena materiału powiększona o koszty zakupu.** Zamawiający może nie tylko zwracać wykonawcy faktyczne koszty zakupu, ale i przewidzieć wynagrodzenie z tytułu dokonywania zakupów (ryczałtowe lub procentowe).
- **Wykonawca zastępcą pośrednim**. Wykonawcy zamówienia przypisana jest rola inwestora zastępczego, działającego w trakcie zakupów w imieniu własnym, lecz na rzecz zamawiającego. Wykonawca taki będzie zobowiązany do stosowania przy zamawianiu materiałów przepisów **ustawy.**

W przypadku gdy przedmiot zamówienia pochodzi z importu (choć nie tylko wtedy) zamawiający może żądać określenia ceny w równowartości waluty kraju producenta(ów). Obecnie najczęściej wskazywaną walutą jest euro i USD. Poza eliminacją niebezpieczeństwa wahań kursowych (tym ważniejszą, im bardziej termin dostawy jest odsunięty od terminu składania ofert) próbuje się wyeliminować w ten sposób ryzyko inflacji (choć – jak doświadczenie ostatnich lat pokazuje – brak jest wyraźnych związków między poziomem inflacji i kursami walut).

Jednym z ważniejszych problemów jest określenie sposobu obliczania podatku VAT. Możliwych jest w tym zakresie kilka rozwiązań:

- **Wszystkie ceny mają zawierać podatek VAT.** Zarówno ceny jednostkowe, jak i wartości poszczególnych pozycji oraz cena oferty są cenami brutto.
- **Wykonawca winien podać ceny netto, stawkę i/lub kwotę podatku oraz ceny brutto.** Zamawiający może wymagać rozbicia cen jednostkowych poszczególnych pozycji i/lub wartości na ceny/wartości netto, stawkę/kwotę podatku oraz ceny/wartości brutto lub zsumowania wartości netto i doliczenia VAT-u do ogólnej kwoty netto (o ile będzie stosowana jedna stawka VAT-u we wszystkich fakturach).

Co do zasady, zamawiający winien żądać uwzględnienia ewentualnych upustów w cenach jednostkowych. Zamawiający nie powinien dopuszczać do sytuacji, w których – po wyliczeniu sumy wartości poszczególnych pozycji – wykonawca wpisuje rabat lub upust liczony od globalnej kwoty i tak pomniejszoną wartość traktuje jako cenę oferty. W przypadku umów z rozliczeniem kosztorysowym powstanie problem wielkości upustu stosowanego dla poszczególnych cen jednostkowych, które *de facto* stanowią ceny oferty. Postępowanie takie byłoby dopuszczalne w przypadku ceny ryczałtowej, jednak w takich sytuacjach stosowanie formularzy cenowych jest co do zasady bezzasadne. Uwzględnienie upustów w cenach jednostkowych nie wyklucza załączenia do

oferty oświadczenia wykonawcy o stosowanych w danym przypadku rabatach (jeżeli wykonawcy z jakichś powodów na tym zależy).

3.1.12.2. Opis sposobu obliczania ceny na roboty budowlane

Opis sposobu obliczenia ceny - stanowi zbiór wymagań podanych przez zamawiającego, określający przede wszystkim metodę i podstawy sporządzenia kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych przez wykonawcę, sposób i formę jej przedstawienia, a także sposób kalkulacji innych składników przedmiotu zamówienia. Należy mieć więc na uwadze, że opis sposobu obliczenia ceny będzie dotyczył wszystkich składników przedmiotu zamówienia publicznego tj. robót budowlanych, dostaw i usług.
Jak wynika z analiz SIWZ zamawiający w różny sposób radzą sobie z realizacją tego zapisu wymaganego przez ustawę Prawo zamówień publicznych. Niejasno sformułowane dyspozycje mogą stać się przyczyną nieprawidłowego obliczenia ceny przez oferentów, złożenia protestu przez uczestniczących w postępowaniu lub też mogą być źródłem sporów pomiędzy stronami już na etapie realizacji inwestycji.
Przyczyn wadliwego opisywania sposobu obliczenia ceny można upatrywać w różnych przekrojach, a mianowicie w:

- sporadyczności przeprowadzania postępowań przez niektórych zamawiających, a co za tym idzie braku doświadczenia,
- przygotowywaniu specyfikacji przez pracowników administracyjnych i zespołów prawników, w większości przypadków bez konsultacji z kosztorysantami budowlanymi,
- braku na rynku wydawniczym wystarczająco obszernych publikacji poświęconych zagadnieniom kalkulacji kosztorysowej.

W praktyce opis sposobu obliczenia ceny na roboty budowlane zajmuje w SIWZ najczęściej góra pół strony, mylone są pojęcia i nazewnictwo, tworzone są sformułowania sprzeczne z regulacjami prawnymi zawartymi w ustawach i rozporządzeniach.
Dla przykładu, w jednej ze SIWZ zamawiający zamieścił zapis, cyt. "*Zabrania się wprowadzenia przez wykonawcę zmian do kosztorysu ofertowego. Błędy ujawnione w dokumentacji, specyfikacji technicznej i kosztorysie ofertowym wykonawca winien zgłosić zamawiającemu...*"
Wykonawca od zamawiającego otrzymuje przedmiar robót, a nie kosztorys ofertowy. Należy się domyślać, że zamawiający zabronił dokonywać zmian właśnie w przedmiarze robót. Dopiero uzupełniony przez oferenta np. cenami jednostkowymi robót staje się wycenionym przedmiarem robót lub kosztorysem ofertowym.
W innym przypadku, zamawiający w SIWZ postanawia, że cyt. *"Podana cena ofertowa jest ceną ryczałtowo-ilościową za wykonanie przedmiotu zamówienia"*.
A zatem jaki sposób wynagrodzenia proponuje zamawiający - ryczałt, który oznacza sumę globalną za wykonanie przedmiotu zamówienia, której nie można zmienić chyba, że poprzez decyzję sądu czy też wynagrodzenie ustalone w oparciu o dokonane, rzeczywiste obmiary?
I tutaj również należy domyślać się intencji zamawiającego, oczywiście w kontekście innych dokumentów, a mianowicie, że ceny jednostkowe robót, podane przez oferenta są wiążące i nienaruszalne w trakcie realizacji inwestycji, natomiast ogólna wysokość wynagrodzenia za roboty budowlane ma być określona po wykonaniu robót, na podstawie dokonanych obmiarów i określonych w ofercie cen jednostkowych.
Nie jest to częsty przypadek ale zdarza się, że zamawiający nie określają w SIWZ metody, którą wykonawca powinien skalkulować cenę na roboty budowlane, wychodząc z założenia, że układ i forma przedmiaru powinny wskazywać, czy należy uzupełnić go cenami jednostkowymi robót czy też należy sporządzić kalkulację szczegółową. Nic bardziej mylnego. Przedmiary dotyczące jednej inwestycji, sporządzane są przez kilku kosztorysantów branżowych, przy użyciu różnorakich systemów kosztorysowania i najczęściej nie mają jednolitej szaty graficznej. Stąd też poleganie na

wyglądzie tego dokumentu i niedoprecyzowanie wymogów w kwestii metody może doprowadzić do złożenia protestu przez oferenta i do konieczności przeprowadzenia kolejnego postępowania. Niejednokrotnie w SIWZ zamawiający nakazują przygotować kalkulację ofertową w oparciu o nieobowiązujące akty prawne, np. zarządzenie MGPiB z dnia 15 lipca 1996 w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych. W świetle prawa, przywoływanie za podstawę kalkulacji nieaktualnych przepisów może być przyczyną skutecznego oprotestowania SIWZ. Zamawiający może jedynie podać wg jakich wzorców należy sporządzić kosztorys bez literalnego odwoływania się do konkretnej, nie mającej mocy prawnej regulacji.
W SIWZ można spotkać się również z takimi sformułowaniami jak, cyt. *"Kosztorys ofertowy musi zawierać wszystkie aktualne pozycje przedmiaru robót bez zmian w nakładach dla danej pozycji."*
W tym przypadku zamawiający wskazuje podstawy rzeczowe, podając w przedmiarze robót nr katalogu, tablicy i kolumny i zastrzegając przy tym nienaruszalność ilości roboczogodzin, nakładów materiałowych i sprzętowych.
W świetle obowiązującego rozporządzenia 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, obowiązkiem zamawiającego jest sporządzić przedmiar w którym klasyfikator katalogowy ma służyć jedynie uszczegółowieniu opisu pozycji przedmiarowej, a nie wskazaniu jednostkowych nakładów rzeczowych, jak to ma miejsce w przypadku przedmiaru do kosztorysu inwestorskiego.
Stąd też taki zapis narzucający wykonawcy zastosowanie konkretnych wielkości nakładów, również może zostać oprotestowany przez oferentów, jako niezgodny z przepisami. Błędy w "opisie sposobu obliczenia ceny" można mnożyć tu bez końca, a zatem nasuwa się pytanie jak zamawiający winien opracować ten punkt SIWZ, aby był poprawny?
Przede wszystkim decydujący wpływ na zakres i treść "opisu sposobu obliczenia ceny" ma ustalenie przez zamawiającego formy wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający ma do wyboru dwie formy - pierwszą polegającą na określeniu ostatecznego wynagrodzenia w oparciu o rzeczywiste obmiary wykonanych robót lub też drugą zwaną wynagrodzeniem ryczałtowym.
W przypadku pierwszej formy wynagrodzenia zamawiający powinien, zgodnie z obowiązującymi przepisami przekazać wykonawcy przedmiar robót. Przedmiar ten musi spełniać wymogi określone w przywołanym rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. i bynajmniej nie są one takie same jak przy sporządzaniu przedmiaru stanowiącego podstawę kosztorysu inwestorskiego. Przede wszystkim przedmiar, który opisuje przedmiot zamówienia i który otrzymuje wykonawca robót, powinien zawierać:

1. zestawienie robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania,
2. szczegółowy opis robót lub wskazywać podstawy ustalające ten opis,
3. wyliczenie i zestawienie ilości robót,
4. wskazanie właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Za roboty podstawowe uznaje się takie roboty, które obejmują minimalny zakres prac, które po wykonaniu są możliwe do odebrania pod względem ilości i wymogów jakościowych oraz uwzględniają przyjęty stopień scalenia robót. Oznacza to, że w dużej ilości przypadków opis roboty będzie inny niż przy stosowaniu bazy normatywnej (KNR-y, KSNR-y, KNNR-y), która obecnie jest nieobligatoryjna. Przykładem może być wykonanie ściany betonowej o wysokości 4 m i grubości 25 cm - do tej pory robota ta była opisywana za pomocą trzech pozycji, co było wynikiem specyficznego układu katalogu zawierającego nakłady: wykonanie ściany o wysokości 3 m i grubości 20 cm, dodatek z tytułu wysokości, dodatek z tytułu grubości. Podobnie było w przypadku dodatków z tytułu dodatkowego transportu.
Jeżeli zamawiający przyjmie natomiast wyższy stopień agregacji robót, przykładem może być ułożenie wykładziny łącznie z cokolikiem, z wykonaniem izolacji, wyrównaniem podłoża lub wykonanie fundamentu łącznie z robotami ziemnymi, umocnieniem wykopu, izolacją fundamentu. Opis roboty powinien być na tyle szczegółowy, aby wykonawca mógł, w oparciu o swoje dane sporządzić prawidłową kalkulację. Dla ułatwienia, wymienione rozporządzenie dopuszcza możliwość

wykorzystania klasyfikatora identyfikującego opis roboty znajdującej się w bazie normatywnej. Należy jednak zawsze mieć na uwadze, że odwołanie się do niego ma na celu określenie zakresu roboty podstawowej, zakresu prac pomocniczych oraz rodzaju użytych do budowy materiałów, a nie narzucenie wykonawcy wielkości nakładów, tak jak czyniono to w okresie obowiązywania bazy normatywnej. Również nie powinno się wskazywać wykonawcy, metody wykonania prac chyba że, wynika ona ze standardu i jakości robót.
Każda pozycja przedmiaru powinna zawierać nie tylko ilość robót ale ich wyliczenie, aby wykonawca mógł sprawdzić poprawność obliczeń, a w przypadku wątpliwości zwrócić się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie.
Przy każdej pozycji przedmiaru powinien być wskazany numer właściwej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (jeden numer specyfikacji technicznej może być przywoływany przy kilku pozycjach przedmiaru). Powiązanie przedmiaru ze specyfikacjami technicznymi ma na celu m.in. uszczegółowienie wymagań technicznych dla poszczególnych robót, wyjaśnienie zasad sprzedmiarowania robót ujętych w pozycjach i określenie zasad obliczania rzeczywistych ilości wykonanych robót, oraz podanie podstaw płatności, a także poinformowanie, które roboty uznane za tymczasowe będą kalkulowane łącznie z robotą podstawową, a które odrębnie. W tym drugim przypadku, w przedmiarze należy wydzielić oddzielne pozycje pozwalające na dokonanie stosownej kalkulacji.
Zamawiający przekazując przedmiar wykonawcy, musi określić metodę wg której wykonawca ma sporządzić kalkulację ofertową - przy wykorzystaniu metody szczegółowej czy uproszczonej, a także formułę kalkulacyjną.
W obecnych warunkach, przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane w trybie przetargowym lub w trybie negocjacji zaleca się stosowanie metody uproszczonej, w oparciu o ceny jednostkowe robót. Zastosowanie tej metody jest z wielu względów korzystne dla zamawiającego, ponieważ umożliwia ona sprawne porównywanie ofert, ich analizę w kontekście posiadanego kosztorysu inwestorskiego, a ponadto jest ona przejrzysta, a kalkulacja znacznie krótsza niż opracowana metodą szczegółową.
Dalej zamawiający powinien zawrzeć dyspozycje odnośnie m.in.:

1. dokumentacyjnych podstaw obliczenia ceny za roboty budowlane,
2. wymaganego stopnia agregacji robót,
3. kalkulacji robót w warunkach szczegółowych,
4. przyjętych zasad obliczania ilości robót,
5. wymagań dotyczących sposobu określenia podstaw cenowych,
6. materiałów, maszyn, urządzeń i konstrukcji, które powinny być wyłączone z kalkulacji lub też skalkulowane odrębnie,
7. technik sporządzenia wyceny, sposobu i formy przedstawienia przez oferenta kalkulacji kosztorysowej,
8. procedur w przypadku stwierdzenia braku danych w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, rzutujących na wysokość ceny za roboty budowlane,

Na końcu powinny być zawarte klauzule i zastrzeżenia dotyczące m.in.:
- zakazu ingerencji w treść przedmiaru (zakaz dopisywania pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów
- postępowania w przypadku braku cen przy pozycjach kalkulacyjnych,
- zasad poprawiania przez zamawiającego omyłek rachunkowych w przedstawionej kalkulacji ofertowej,
- innych wyżej nie wymienionych okoliczności.

Niektóre z wymienionych punktów wymagają komentarza i uszczegółowienia.
W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego zamawiający nie ma obowiązku przekazania wykonawcy robót przedmiaru robót (§ 4 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.). Biorąc pod uwagę definicję ryczałtu z której wynika, że za ryczałt uznaje się cenę globalną za którą wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia, zobowiązywanie oferentów do

kalkulacji kosztorysowej w oparciu o przedmiar przygotowany przez zamawiającego jest bezpodstawne.
Coraz więcej pojawia się opinii, że wykonawca powinien mieć wolny wybór co do sposobu określenia ilości robót i ich stopnia agregacji, podstaw i metod kalkulacji, a dowolność tego wyboru powinna wynikać z opisu sposobu obliczenia ceny.
Takie podejście do zagadnienia ma swoje dobre i złe strony. Wykonawca koncentruje się na właściwym przedmiocie zamówienia wynikającym z dokumentacji, a nie tylko na przedmiarze otrzymanym od zamawiającego, jak to ma miejsce w większości przypadków. Poza tym eliminuje praktyki konkurentów polegające na drobiazgowej analizie wybranej oferty i doszukiwania się najmniejszych nawet uchybień w kalkulacji dotyczących np. zmiany wielkości nakładu któregoś z czynników. Takie postępowanie może prowadzić dalej do złożenia protestu, a w efekcie nawet do konieczności przeprowadzenia powtórnego postępowania o udzielenia zamówienia. A przecież znane są przypadki, gdzie wydłużająca się procedura doprowadziła do utraty źródła finansowania.
Minusem z pewnością jest rozbieżność cenowa ofert i konieczność wybrania nie najtańszej oferty ale najkorzystniejszej i to przez oferenta rokującego wykonanie przedmiotu zamówienia.
Należy również mieć na uwadze, że pozostawiając wykonawcy swobodę w doborze metod, stopnia agregacji robót oraz formy przedstawienia oferty, zamawiający otrzyma różnorodne, nieporównywalne, poza ceną końcową kalkulacje.
Jedynym materiałem pomocniczym z którego do tej pory mogli skorzystać zamawiający przy formułowaniu wymogów odnośnie sposobu obliczenia ceny na roboty budowlane, było wydawnictwo opracowane przez Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych i nieistniejące już Zrzeszenie Biur Kosztorysowania Budowlanego p.n. "Środowiskowe metody kosztorysowania robót budowlanych - ogólne wzorce i zasady kosztorysowania." Praktycznie skierowane ono było pod adresem wykonawców, których od 2001 r. przestały obowiązywać regulacje prawne, lecz również mogło stanowić podstawę do opracowania wytycznych dla opisu sposobu obliczenia ceny przez zamawiających. Czas przeszły jest tu użyty celowo, ponieważ obecnie przygotowywana jest, z uwagi na zmiany jakie miały miejsce ostatnio w naszej gospodarce, kolejna publikacja pn. **"Polskie standardy kosztorysowania robót budowlanych"**, która zastąpi tracące aktualność "Środowiskowe metody...".
W ostatnim czasie weszła na rynek wydawniczy pozycja przygotowana pod kątem zamówień publicznych pt. "Wzorcowa dokumentacja przetargowa dla robot budowlanych" opracowana na zlecenie Urzędu Zamówień Publicznych przez WCPTOB "Wacetob", która jest przewodnikiem służącym opracowywaniu i stosowaniu wzorcowych dokumentów przetargowych i wzorów umów na roboty budowlane. Również ona może stanowić pomoc dla zamawiających przy sporządzaniu "opisu przedmiotu zamówienia".
Niejasny i nieprawidłowo przygotowany pod względem merytorycznym opis sposobu obliczania ceny, bez uwzględnienia celu, któremu ma służyć, może być przyczyną:
- niekończących się pytań oferentów, co do sposobu przeprowadzenia kalkulacji ofertowej,
- dodatkowej biurokracji związanej z koniecznością udzielania odpowiedzi wszystkim wykonawcom, którzy pobrali SIWZ, o postanowieniach zamawiającego,
- błędów w kalkulacji ofert sporządzanych przez oferentów,
- oprotestowania SIWZ przez wykonawców,
- złożenia protestu, którego przedmiotem jest wybrana przez zamawiającego oferta,
- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Regulacje prawne nie narzucają zamawiającemu jakie wymogi powinien postawić przed wykonawcami w kwestii przygotowania przez nich kosztorysowej kalkulacji na roboty budowlane, pozostawiając mu w tym względzie wolny wybór. Mamy jednak już za sobą kilkunastoletnie doświadczenia w udzielaniu zamówień publicznych i obecnie, wiadomą rzeczą jest, że wskazanie właściwej metody i formuły kalkulacyjnej wg której należy przygotować ofertę, decyduje w dużej mierze o powodzeniu bądź o unieważnieniu postępowania.

Przed sporządzeniem jakiegokolwiek dokumentu, zawsze należy się zastanowić jakie jest jego przeznaczenie i co chce się osiągnąć. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane - cel jest jasno określony. Efektem postępowania ma być wyłonienie najkorzystniejszej oferty, przy wyborze której stosuje się różne kryteria oceny. Najważniejszym, i w wielu przypadkach jedynym kryterium, jest cena końcowa oferty.
Reasumując, sposób wykonania kalkulacji przez oferenta powinien być jak najbardziej prosty i jak najbardziej przejrzysty, umożliwiający porównanie ofert. Metodą, która spełnia te oczekiwania jest metoda uproszczona, polegająca na skalkulowaniu ceny za roboty budowlane w oparciu o ceny jednostkowe robót na odpowiednim, wskazanym przez zamawiającego poziomie ich agregacji.
Merytorycznemu wydziałowi, który chciałby się powołać na źródła merytoryczne, polecamy nowoopracowane przez Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych wydawnictwo pt. **"Polskie standardy kosztorysowania robót budowlanych"**. W jednym z załączników dotyczącym "opisu sposobu obliczenia ceny"', Stowarzyszenie zaleca stosowanie metody uproszczonej przy kalkulacji ceny oferty przez wykonawcę.
Wskazanie metody i formuły kalkulacyjnej to jednak nie wszystko. W opisie sposobu obliczenia ceny zamawiający powinien rozstrzygnąć szereg innych zagadnień. Temat jest wielowątkowy, kolejne postanowienia uzależnione są od wcześniejszych. Tym niemniej poniżaj zamieszczono schemat , który może ułatwić merytorycznemu wydziałowi sformułowanie swoich wymogów odnośnie sposobu obliczenia ceny.

1. Składniki przedmiotu zamówienia

Opis sposobu obliczenia ceny, który zamawiający zamieszcza w SIWZ dotyczy całości przedmiotu zamówienia, na którą to całość mogą się składać np.:

1. usługi,
2. dostawy,
3. roboty budowlane (przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a także wykonanie robót budowlanych przez osobę trzecią, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego).

Opis sposobu obliczania ceny zatem musi uwzględniać podział rodzajowy zamówienia, ponieważ inny będzie opis w przypadku kalkulacji robót budowlanych, a inny przy dostawach czy usługach.
W tym miejscu należy zaznaczyć, że omawiane poniżej tematy dotyczą jedynie kalkulacji robót budowlanych.

2.Ogólne zasady kalkulacji

Obszar kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych jest bardzo szeroki - obejmuje zagadnienia dotyczące nie tylko metod i formuł kalkulacyjnych, ale również podstaw rzeczowych i cenowych, sposobów ustalania składników cenotwórczych, kalkulacji robót w warunkach szczególnych, układu i zawartości kosztorysu itd. Stąd też trudno sobie wyobrazić, że zamawiający opracuje na użytek konkretnego zamówienia "opis", który wyczerpie wszystkie zagadnienia bez potrzeby sięgania po dodatkowe materiały.
Z pewnością dobrą podstawą, do której może się odnieść są "Polskie standardy..." Powołując się na konkretne rozwiązania przyjęte w tym wydawnictwie, zamawiający nie musi tworzyć "własnej literatury na ten temat". Ten fakt jednak powinien jasno wynikać z "opisu sposobu obliczenia ceny" zawartego w SIWZ, np.: Kalkulacja kosztorysowa robót budowlanych ma być sporządzona przez oferenta zgodnie z zasadami przyjętymi w "Polskich standardach kosztorysowania robót budowlanych", wydanych w 2005 r. przez Stowarzyszenie Kosztorysantów Budownictwa.

3. Forma wynagrodzenia

Forma wynagrodzenia wykonawcy powinna być przedstawiona w postanowieniach umowy dołączonych do SIWZ. Z praktycznego punktu widzenia w opisie sposobu obliczenia ceny to zagadnienie powinno być również przywołane, i to z dwóch przyczyn:

- forma wynagrodzenia wpływa w dużym stopniu na przyjęcie sposobu i techniki kalkulacji kosztorysowej,

- oferent w jednym miejscu znajdzie tematy związane z rodzajem wynagrodzenia i procedurą kalkulacyjną co sprawi, że postanowienia SIWZ będą bardziej przejrzyste.

Zamawiający mają do wyboru dwie formy wynagrodzenia:

Wynagrodzenie ryczałtowe - kompilując definicję wynikającą ze Słownika języka polskiego oraz postanowienia Kodeksu cywilnego, za wynagrodzenie ryczałtowe uznaje się takie wynagrodzenie, które określone jest sumą globalną i które nie może ulec podwyższeniu na żądanie przyjmującego zlecenie, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Wynagrodzenie określone w oparciu o faktycznie wykonane ilości robót - jest to forma którą potocznie nazywa się formą obmiarową. Po wykonaniu robót, wykonawca określa faktycznie wykonane ich ilości, które potwierdza zamawiający i rozliczenie następuje w oparciu o dane ilościowe oraz ceny jednostkowe wynikające z kosztorysu ofertowego.

4. Dokumentacyjne podstawy obliczenia ceny za roboty budowlane

W tym miejscu zamawiający powinien podać rodzaje dokumentów, na podstawie których oferent zobowiązany jest skalkulować cenę. Można tutaj rozpatrywać przypadki:

Przypadek 1 - podstawą kalkulacji ma być przedmiar robót przekazany przez zamawiającego, projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót.

Przypadek 2 - podstawą ma być przedmiar robót opracowany przez oferenta, w oparciu o projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót.

Komentarz: ww. rozwiązanie może mieć miejsce tylko w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego oraz zamówienia z wolnej ręki.

Przypadek 3 - jw. lecz zamawiający dodatkowo przekazuje przedmiar robót z zastrzeżeniem, że stanowi on jedynie podstawę informacyjną. Podobnie jak wyżej, taka sytuacja może mieć miejsce jeżeli zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe lub udziela zamówienia z wolnej ręki.

5. Metoda kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych

Tutaj zamawiający mają do wyboru dwie metody:

- metodę uproszczoną (zalecaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także na innych obszarach, gdzie podstawowym kryterium wyboru oferenta jest cena końcowa oferty),
- metodę szczegółową.

6. Formuły kalkulacji kosztorysowej

Prawidłowo sformułowany opis sposobu obliczania ceny powinien zawierać nie tylko informację o metodzie wg której mają być sporządzone kalkulacje ofertowe. Powinny być jeszcze przywołane formuły kalkulacyjne i w tym przypadku, dobrze jest odnieść się do odpowiednich punktów "Polskich standardów...". Takie rozwiązanie pozwala sprecyzować wymagania bez konieczności zamieszczania nadmiernej ilości szczegółowych informacji, które zamiast ułatwić, utrudnią zrozumienie SIWZ. Poniżej podajemy przykłady:

1. "Formułę dla metody kalkulacji uproszczonej należy przyjąć wg punktu 3.1.1. "Polskich standardów..."
2. "Formułę dla metody kalkulacji szczegółowej należy przyjąć wg punktu 3.2.1. podpunkt 1 "Polskich standardów..."
3. "Formułę dla metody kalkulacji szczegółowej należy przyjąć wg punktu 3.2.1. podpunkt 2 "Polskich standardów..."

7. Poziom agregacji robót podstawowych

Zamieszczenie informacji o wymaganym poziomie agregacji robót jest istotne w sytuacji wynagrodzenia ryczałtowego, kiedy zamawiający nie przekazuje przedmiaru robót lub przekazuje jedynie dla celów informacyjnych. To zamawiający decyduje, czy oczekuje kalkulacji kosztorysowej opracowanej dla robót, których poziom scalenia odpowiada poziomowi scalenia robót przyjętych w katalogach zawierających nakłady rzeczowe, czy na wyższym poziomie agregacji.

8. Braki w dokumentacji projektowej

Braki dokumentacyjne i informacyjne najczęściej ujawniają się przy sporządzaniu oferty przez wykonawcę. W takich sytuacjach ustawa przewiduje możliwość złożenia pod adresem zamawiającego prośby o wyjaśnienie wątpliwości. Jak wykazała praktyka, wykonawcy w wielu przypadkach nie

korzystają z przysługującego im uprawnienia i sporządzają kalkulację ignorując potrzebę rozwiązania problemu na etapie sporządzania oferty. Tymczasem przy wyborze oferty lub jeszcze gorzej, w trakcie realizacji ujawniają się nieścisłości, które w pierwszym przypadku mogą stanowić o odrzuceniu oferty, a w drugim mogą doprowadzić do sporu pomiędzy stronami. Biorąc powyższe pod uwagę, słusznym jest, żeby w tym miejscu opisu sposobu obliczania ceny zamieścić uwagę dotyczącą postępowania w przypadku wykrycia wad w dokumentacji projektowej czy specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

9. Zasady obliczania ilości robót

Przyjęcie zasad obliczania ilości robót jest jednym z głównych postanowień opisu sposobu obliczenia ceny. Zagadnienie to jest szczególnie istotne w przypadku wynagrodzenia "obmiarowego", którego podstawą ustalenia są, obok cen jednostkowych robót, ilości wykonanych robót. Przy formułowaniu tego punktu zamawiający może odwołać się do specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót lub do zasad przedmiarowania określonych, dla poszczególnych rodzajów robót, w KNR-ach.

10. Nakłady rzeczowe

Wybierając metodę szczegółową dla kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych, zamawiający musi się kierować chęcią porównywania ofert nawet w najdrobniejszych składnikach jak: stawki robocizny, ceny czynników produkcji, ceny pracy sprzętu itd. Powstają jednak pytania: czemu mają służyć takie porównania? Czy zamawiający nie "utonie" w natłoku szczegółowych informacji? Przecież jednym z kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, a często jedynym, jest cena końcowa kalkulacji.

Jeżeli jednak, z niewiadomych przyczyn zamawiający obstaje przy metodzie szczegółowej, musi on żądać takiej formy sporządzenia kalkulacji kosztorysowych, która umożliwiałaby analizę składników cenotwórczych pochodzących z różnych ofert. Zapewnić to może wskazanie oferentom jednolitych podstaw wyceny. Podstawy te nie mogą być jednak wynikać z przedmiaru opisującego przedmiot zamówienia (definicja przedmiaru opisującego przedmiot zamówienia zawarta w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r., nie przewiduje zamieszczenia podstaw wyceny) lecz z odrębnego wykazu.

11. Podstawy cenowe

W tym punkcie zamawiający powinien zawrzeć swoje wymogi odnośnie podstaw cenowych, np:

"Ceny jednostkowe robót wykonawca określi na podstawie kalkulacji własnej lub danych rynkowych" - w przypadku metody uproszczonej,

lub

"Ceny czynników produkcji, wskaźniki kosztów pośrednich i zysku wykonawca określi na podstawie kalkulacji własnej lub danych rynkowych" - w przypadku metody szczegółowej.

Konsekwencją wyboru przez zamawiającego metody szczegółowej sporządzenia kalkulacji, jest dalsze precyzowanie wymagań odnośnie sposobów i podstaw określenia:

1. cen materiałów,
2. kosztów pośrednich,
3. zysku.

Tam, gdzie zachodzi jakakolwiek możliwość wyboru, zamawiający powinien uszczegółowić swoje oczekiwania, np:

- w przypadku cen materiałów musi zadecydować czy mają to być ceny nabycia materiałów (łącznie z kosztami zakupu, tak jak przewidują "Polskie standardy...) czy ceny zakupu materiałów z doliczonymi odrębnie kosztami zakupu,
- w przypadku kosztów pośrednich musi wskazać czy wykonawca ma się posłużyć wskaźnikami kosztów pośrednich i ustalonej podstawy ich naliczania czy też ma ustalić kwotowo w oparciu o preliminarz kosztów. Jeżeli zamawiający decyduje się na wskaźniki, wówczas musi określić również podstawę ich naliczania - zazwyczaj za podstawę naliczania kosztów pośrednich przyjmuje się koszty robocizny oraz pracy sprzętu i środków transportu technologicznego,
- w przypadku zysku zamawiający musi również podać czy oczekuje określenia zysku za pomocą wskaźnika czy też ma być ustalony kwotowo. Podobnie, jak w przypadku kosztów pośrednich, przy wyborze wskaźnika musi wskazać podstawę jego naliczenia. Zazwyczaj zysk liczy się od kosztów

robocizny, pracy sprzętu i środków transportu technologicznego oraz kosztów pośrednich.
Podobnie, jak w przypadku formuł kalkulacyjnych, tak i tutaj zamawiający może uprościć swoje zadanie odwołując się do "Polskich standardów..."

12. Warunki szczególne

Za warunki szczególne uznaje się między innymi:
- warunki szkodliwe dla zdrowia, niebezpieczne i uciążliwe,
- wykonywanie robót w czynnych zakładach pracy lub w pomieszczeniach użytkowanych w trakcie robót budowlanych,
- pracę w godzinach nocnych,
- pracę w godzinach nadliczbowych,
- pracę na stokach górskich itd.

Jeżeli zamawiający stwierdza, że roboty będą wykonywane w warunkach odbiegających od przeciętnych, powinien to uwzględnić w "opisie sposobu obliczenia ceny" i ustalić w jaki sposób wykonawca ma uwzględnić skutki kosztowe takiej realizacji.
Tutaj zamawiający może przywołać punkt 6.1.3. podpunkt 1 "Polskich standardów ..." wg którego skutki kosztowe powinny być uwzględnione w cenach jednostkowych robót (w przypadku metody uproszczonej) lub przywołać punkt 6.1.3. podpunkt 2 pozwalający uwzględnić te skutki w wysokościach nakładów rzeczowych, cenach czynników produkcji czy też wskaźnikach narzutów (w przypadku metody szczegółowej).

13. Wyłączanie materiałów, maszyn, urządzeń i konstrukcji z kosztorysu ofertowego

Czasami zachodzą przypadki dla których trzeba wyłączyć z kalkulacji ofertowej materiały, maszyny, urządzenia lub konstrukcje bądź też należy je wyłączyć i skalkulować odrębnie. O tym jednak oferent musi być poinformowany, np.:

1. "W kosztorysie ofertowym nie należy ujmować pozycji określonych wykazem nr....", lub
2. "W kosztorysie ofertowym nie należy ujmować pozycji określonych wykazem nr..... Pozycje te powinny być wycenione odrębnie, na dowolnych zasadach przyjętych przez wykonawcę. Skalkulowane ceny powinny zostać naniesione do załączonego wykazu, a suma cen wszystkich pozycji powinna być doliczona do ceny wynikającej z kosztorysu ofertowego".

14. Technika, sposób i forma przedstawienia kalkulacji ofertowej

Zamawiający w tym punkcie określa w jakiej formie ma być przedstawiona kalkulacja ofertowa.
Obok przypadków, w których zamawiający przekazuje przedmiar robót łącznie z dyspozycją uzupełnienia o ceny jednostkowe robót i wartości robót, wystąpią również inne, w których przekazanie przedmiaru nie jest konieczne (wynagrodzenie ryczałtowe, zamówienie z wolnej ręki).
Wówczas zamawiający musi określić, jakie informacje powinna zawierać kalkulacja np.
"Wykonawca przedstawi kalkulację kosztorysową sporządzoną metodą uproszczoną z wyszczególnieniem: opisu roboty, ilości przedmiarowej, jednostki roboty, ceny jednostkowej roboty oraz wartości roboty stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej, zgodnie z załącznikiem 4a "Polskich standardów..."

15. Zasady postępowania w razie stwierdzenia przez zamawiającego omyłek rachunkowych w przedstawionej kalkulacji ofertowej

Zagadnienia te praktycznie reguluje **art.88 ustawy** i wykonawca starając się o otrzymanie zamówienia publicznego na roboty budowlane powinien znać te przepisy. Dla porządku słusznym jest jednak, żeby został on poinformowany o możliwościach, jakie daje **ustawa** w kwestii poprawiania przez zamawiającego omyłek rachunkowych. Od strony formalnej może to być jedynie przywołanie ww. artykułu ustawy.

16. Inne wymagania wyżej niewymienione

Katalog wymogów i oczekiwań ze strony zamawiającego, zaprezentowany powyżej nie jest zamknięty. Zamawiający może przed wykonawcą stawiać również inne, bądź dodatkowe żądania.

17. Klauzule i zastrzeżenia

W tym punkcie można zawrzeć wszelkie uwagi dotyczące:
- zakazu ingerencji w treść przedmiaru przekazywanego przez zamawiającego (zakaz dopisywania

pozycji, zmiany ilości robot, zmiany opisów)
- postępowania w przypadku braku cen przy pozycjach kalkulacji ofertowej,
- postępowania w przypadku wyceny robót tymczasowych i prac towarzyszących, itd.

Podobnie jak wyżej, katalog klauzul i zastrzeżeń nie jest zamknięty.

Powyższe informacje zostały opracowane w formie zbioru wskazówek merytorycznych dla wydziału przygotowującego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane. Z uwagi na możliwe warianty, które mogą wystąpić w praktyce, z wyżej wymienionych propozycji należy wybrać jedynie te, które są adekwatne do oczekiwań konkretnego zamówienia, w pełni odpowiadają sytuacji w przygotowywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie są ze sobą sprzeczne np. jeżeli zamawiający oczekuje kalkulacji sporządzonej metodą uproszczoną to bezprzedmiotowe jest zamieszczanie w opisie sposobu obliczenia ceny postanowień dotyczących kwestii ustalania cen czynników produkcji.

Częstym przypadkiem jest podawanie przez zamawiających w opisie sposobu obliczenia ceny, warunków rozliczania robót dodatkowych o których, na etapie składania oferty jeszcze nic nie jest wiadomo. A zatem zagadnienie to nie może dotyczyć obliczenia ceny ofertowej dla której zakres przedmiotu zamówienia jest ściśle określony dokumentacją projektową. Potrzeba wykonania robót dodatkowych ujawnia się dopiero w trakcie realizacji przedsięwzięcia budowlanego, kiedy koniecznym jest wykonanie robót nieobjętych zamówieniem podstawowym. W takim przypadku zamawiający udziela odrębnego zamówienia z wolnej ręki. Reasumując, w przypadku kiedy zamawiający przewiduje taką sytuację, warunki rozliczenia potencjalnych robót dodatkowych powinny być określone w propozycji umowy, a nie w opisie sposobu obliczenia ceny.

W opisie sposobu obliczanie ceny pojawiają się również zastrzeżenia, które mają chronić zamawiających przed podwyższeniem wynagrodzenia wynikającym z tytułu dodatkowych, ponoszonych przez wykonawcę kosztów lub z tytułu zwiększonego, ujawnionego w trakcie realizacji, zakresu robót. Zamieszczanie takich zastrzeżeń powinno być podyktowane formą przewidzianego przez zamawiającego wynagrodzenia. Jeżeli zamawiający wybrał formę wynagrodzenia ryczałtowego, zastrzeżenia typu: " ceny wymienione przez oferenta w ofercie nie będą podlegały korekcie i zmianom w trakcie wykonywania zamówienia" nie ma żadnego znaczenia z uwagi na przepisy kodeksu cywilnego, które regulują te zagadnienia i nie zezwalają na podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego. Jeżeli zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, zamieszczanie klauzuli: " oferta cenowa musi obejmować całość robót podanych w specyfikacji technicznej, przedmiarze, projekcie budowlanym i projektach wykonawczych " jest informacją nie wnoszącą nic dodatkowego. Obowiązkiem wykonawcy, zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego jest wykonać obiekt "zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej", i jeżeli przedmiot zamówienia został określony przez zamawiającego, cena musi obejmować wszystkie elementy stanowiące części składowe tego zamówienia.

O ile, zamawiający mnożą ilości klauzul o treściach jak przytoczono powyżej, to często nie precyzują jasno, jaki typ wynagrodzenia przewidują za wykonanie przedmiotu zamówienia, co jest jedną z podstawowych rzeczy. Formułowane są umowy, w których zamawiający świadomie lub nie, określają rodzaj wynagrodzenia poprzez jego scharakteryzowanie, a nie poprzez nazwanie wprost o jakie wynagrodzenie chodzi. Podyktowane jest to zapewne ostrożnością lecz pomijanie np. słowa "ryczałt" i tak nie chroni zamawiającego przed ryzykiem jakie niesie za sobą umowa z cechami wynagrodzenia ryczałtowego.

3.1.12.2.1. Przykładowe zapisy w SIWZ na podstawie „Polskich standardów kosztorysowania robót budowlanych

1. Składniki przedmiotu zamówienia ..... na

- roboty budowlane,
- dostawy,
- usługi

2. Opis sposobu obliczenia ceny za roboty budowlane.

2.1. Kalkulacja kosztorysowa robót budowlanych ma być sporządzona Zgodnie z zasadami „Polskich standardów kosztorysowania robót budowlanych" - wydanie SKB z 2005 r.

2.2. Forma przyjętego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych (zgodnie z § ..... wzoru umowy).

Wynagrodzenie kosztorysowe, podlegające rozliczeniu wg obmiaru wykonanych robót.

2.3. Dokumentacyjne podstawy obliczenia ceny za roboty budowlane.

Podstawą obliczenia ceny za roboty budowlane ma być przekazany wykonawcy przedmiar robót wraz z projektem budowlanym, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych.

2.4. Wymagana metoda kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych.

Wymaganą metodą kalkulacji ceny za roboty budowlane jest metoda uproszczona. Na końcu kosztorysu należy doliczyć podatek od towarów i usług VAT. Cena oferty musi być wyrażona w złotych.

2.5. Wymagana formuła kalkulacji kosztorysowej.

Formułę dla metody kalkulacji uproszczonej należy przyjąć wg punktu 3.1.1. „Polskich standardów...".

2.6. Procedury w razie stwierdzenia braku danych w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, rzutujących na wysokość ceny za roboty budowlane.

W przypadku stwierdzenia braku danych w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, wykonawca powinien zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie.

2.7. Zasady obliczania ilości robót.

Ilości robót zawarte w przekazanym przedmiarze określono na podstawie projektu budowlanego i projektów wykonawczych, zgodnie z zasadami podanymi w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót nr....

2.8. Wymagania dotyczące sposobu i podstaw określenia cen jednostkowych robót, cen czynników produkcji, wskaźników kosztów pośrednich i narzutu zysku.

Ceny jednostkowe robót wykonawca określi na podstawie kalkulacji własnej lub danych rynkowych.

2.9. Zasady kalkulacji robót wykonywanych w warunkach szczególnych.

W związku z koniecznością wykonywania robót w czynnym zakładzie pracy, kosztowe skutki wykonywania tych robót powinny być uwzględnione wg zasad określonych w punkcie 6.1.3. podpunkt 1 „Polskich Standardów...".

2.10. Dyspozycje dotyczące wykazu materiałów, maszyn, urządzeń i konstrukcji, które nie powinny być ujęte w kosztorysie ofertowym na roboty budowlane.

W kosztorysie ofertowym nie należy ujmować pozycji określonych wykazem nr.

2.11. Dyspozycje dotyczące materiałów, maszyn, urządzeń i konstrukcji, które powinny być skalkulowane odrębnie, poza kosztorysem ofertowym.

W kosztorysie ofertowym nie należy ujmować pozycji określonych wykazem nr ..... Pozycje te powinny być wycenione odrębnie, na dowolnych zasadach przyjętych przez wykonawcę. Skalkulowane ceny powinny zostać naniesione do załączonego wykazu, a suma cen wszystkich pozycji powinna być doliczona do ceny wynikającej z kosztorysu ofertowego,

2.12. Dyspozycje co do zastosowanej techniki sporządzenia wyceny, sposobu i formy przedstawienia opracowanej przez oferenta kalkulacji kosztorysowej.

Przekazany przedmiar robót należy uzupełnić, przy każdej pozycji kosztorysowej

ceną jednostkową roboty oraz wartością roboty będącej iloczynem ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej, zgodnie z załącznikiem 4a „Polskich Standardów...".

2.13. Zasady postępowania w razie stwierdzenia przez zamawiającego omyłek merytorycznych lub/i rachunkowych w przedstawionej kalkulacji ofertowej.

Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w sposób określony w **art. 88 ustawy.**

2.14. Inne wymagania wyżej niewymienione

Przed obliczeniem ceny oferty wykonawca powinien dokładnie i szczegółowo zapoznać się z:

1) dokumentacją projektowa i przedmiarem robót, zwracając szczególną uwagę czy dokumentacja zawiera w swej treści wszystkie niezbędne rozwiązania do wykonania przedmiotu zamówienia oraz czy przedmiar robót obejmuje zakres rzeczowy zgodny z dokumentacją.
2) terenem budowy i jego otoczeniem oraz uzyskać niezbędne do sporządzenia oferty informacje mające wpływ na wartość zamówienia a dotyczące dróg dojazdowych, możliwości zasilania w energię, wodę, możliwości urządzenia zaplecza itd.

W przypadku stwierdzenia braków, wad lub sprzeczności w dostarczonych przez Zamawiającego materiałach do opracowania kosztorysu ofertowego, wykonawca powinien niezwłocznie o tym fakcie poinformować Zamawiającego przed upływem terminu do składania ofert.

2.15. Zastrzeżenia i klauzule dotyczące:

1) Zakazu ingerencji w treść przedmiaru robót.

Wykonawca nie ma prawa bez zgody Zamawiającego dokonywania zmian w przekazanym przedmiarze robót (np. dopisywania pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów itp.). Jeżeli w wyniku dokonanej przez siebie analizy i obliczeniu ilości robót uzna je za niewłaściwe, to zmiany ilości robót wykonawca może dochodzić procedurą pytań, zgodnie z **art. 38 ust. 1 ustawy.**

Zasady wyjaśnienia treści SIWZ zostały określone w **pkt. .....** niniejszej SIWZ.

2) Postępowania w przypadku braku cen przy pozycjach kalkulacji ofertowej.

Pozycje, dla których nie zostaną wystawione przez wykonawcę ceny jednostkowe, uważać się będzie jako ujęte w cenach innych pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym i nie zostaną dodatkowo zapłacone po ich wykonaniu.

3) Postępowania w przypadku wyceny robót tymczasowych i prac towarzyszących.

.....

3) Inne, wyżej niewymienione zastrzeżenia i klauzule.

Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiaru robót, a także koszty wszystkich robót, bez których realizacja zamówienia byłaby niemożliwa, a w szczególności koszty zagospodarowania i dozoru zaplecza i placu budowy, doprowadzenia i ponoszenia opłat z tytułu zużycia wody i energii, koszty związane z uzyskaniem pozwolenia na wejście w teren, koszty opracowania i wdrożenia czasowej organizacji ruchu, koszty związane z opłatą za zrzut wody z odwodnieniem wykopów, koszty obsługi geodezyjnej i inwentaryzacji powykonawczej robót, koszty badania stopnia zagęszczenia wykopów, koszty ubezpieczenia budowy i robót z tytułu szkód, które mogą zaistnieć w związku ze zdarzeniami losowymi, odpowiedzialności cywilnej oraz następstw nieszczęśliwych wypadków

dotyczących pracowników i osób trzecich, które to wypadki mogą powstać w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi, w tym – z ruchem pojazdów mechanicznych oraz innych zobowiązań wynikających z umowy.

3. **Opis sposobu obliczenia ceny za dostawy, które stanowią część składową przedmiotu zamówienia.**
4. **Opis sposobu obliczenia ceny za usługi, które stanowią część składową przedmiotu zamówienia.**

3.1.13. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty – art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy

Propozycję kryteriów i przypisanych im wag oceny przedkłada Komisji Przetargowej naczelnik właściwego merytorycznie wydziału we „Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową" na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.**
Kryterium ceny powinno być podstawowym w ocenie ofert. SIWZ powinna zawierać opis wszelkich innych niż cena kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów. Niezbędne jest zatem opisanie przez przygotowującego SIWZ każdego (oprócz ceny) kryterium. Opis ten powinien być zróżnicowany w zależności od charakteru kryterium. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych należy uznać za niedopuszczalne wskazanie w SIWZ „ subiektywnej oceny komisji przetargowej" jako jednego z kryteriów oceny ofert. Postępowanie publiczne ma na celu doprowadzić do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych przez uczestników postępowania. W myśl **art. 2 pkt 5 ustawy** najkorzystniejszą ofertą jest oferta z najniższą ceną albo ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Wybór najkorzystniejszej oferty następuje zatem w oparciu o ustalone kryteria określone w zaproszeniu do udziału w postępowaniu albo w SIWZ. Wyraz „kryterium" oznacza „miernik służący za podstawę oceny" (Słownik wyrazów obcych, PWN 1996). Tymczasem pojęcie „subiektywnej oceny członków komisji przetargowej" jako jedno z kryteriów oceny ofert, nie wskazuje jakiegokolwiek miernika mającego posłużyć członkom komisji przetargowej za podstawę oceny ofert, a przeciwnie – sugeruje dokonanie oceny abstrahującej od jakichkolwiek mierników. Przyjąć zatem należy, iż pojęcie „subiektywnej oceny członków komisji przetargowej" nie odpowiada pojęciu „kryterium", które funkcjonuje w języku polskim. Nadto w **art. 7 ustawy** wyrażona została zasada traktowania na równych prawach wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Przyjęcie za kryterium oceny ofert, subiektywnej oceny członków komisji przetargowej stanowiłoby naruszenie tej zasady, dopuszczałoby do głosu osobiste preferencje oceniających. Powyższe stanowisko potwierdza uzasadnienie wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 2 lutego 1998 r[97], w którym stwierdza się, iż **„sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucia i osobiste preferencje[98]. Art. 91 ust.2 ustawy** stanowi, że kryteriami ocen są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. W ramach nowelizacji **ustawy** dokonanej 7 kwietnia 2006 r. po **ust. 3 art. 91 ustawy** został dodany **ust.3a,** który stanowi, że **jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu**

[97] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2 lutego 1998 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 038/98, „Orzecznictwo Zespołu Arbitrów. Przegląd wybranych wyroków w okresie styczeń – lipiec 1998 r." UZP Warszawa 1998, s. 61 - 62
[98] Informator Urzędu Zamówień Publicznych,maj 1999, s. 11, publ. www.uzp.gov.pl

oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.
W przypadku zamówienia na dostawy sprzętu i wyposażenia wyboru kryteriów można dokonać spośród następujących:

- warunki gwarancji
- warunki serwisu
- koszty eksploatacji
- dostępność części zamiennych

Odrębną kwestią jest ustalenie kryteriów oceny ofert w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert wariantowych. Co do zasady zamawiający może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryterium ceny albo ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, zastosowania najlepszych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, kosztów eksploatacji, serwisu oraz terminu wykonania zamówienia (**art. 92 ust. 1 i 2 ustawy**). W przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert wariantowych, **ustawa** przewiduje odstępstwo od tej zasady. Zgodnie z **art. 83 ust.1 ustawy** jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, to cena nie może być jedynym kryterium wyboru ofert. W przypadku wyboru oferty na podstawie ceny porównuje się jedynie koszty realizacji zamówienia. Tam zaś, gdzie korzystniejsze warunki realizacji zamówienia (np. wykonanie przedmiotu zamówienia z materiałów o dłuższej żywotności) nie odgrywają żadnej roli, nie ma miejsca na ofertę wariantową. Gdyby zamawiający dopuścił składanie ofert wariantowych, a o wyborze oferty miałaby decydować tylko cena, musiałby liczyć się z tym, że zaproponowane warianty stanowiłyby zazwyczaj substytuty wymaganego przedmiotu zamówienia. Tymczasem w przypadku ofert wariantowych chodzi najczęściej o jakościowo lepsze, często innowacyjne, ale zazwyczaj droższe rozwiązania. Te aspekty nie będą brane pod uwagę, gdy zamówienia udziela się wyłącznie na podstawie ceny.

3.1.14. Informacja o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego – art. 36 ust.1 pkt 14 ustawy

Zgodnie z **art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy** Komisja Przetargowa powinna w SIWZ zawrzeć informację o formalnościach jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Formalności dopełniane przed zawarciem umowy, które powinny zostać wymienione w SIWZ, to:

1) ustalenie trybu przekazania przez strony dodatkowych dokumentów takich jak szczegółowy harmonogram wykonania umowy,
2) przedłożenie projektów umów z podwykonawcami wskazanymi w ofercie wykonawcy lub umowy konsorcjum,
3) przedłożenie polisy ubezpieczenia OC w zakresie odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej w wysokości określonej przez zamawiającego
4) ustalenie szczegółowych danych, jakie mają być zawarte w umowie:
   - wyznaczenie osób reprezentujących strony umowy,
   - wskazanie banków i numerów rachunków bankowych, na jakie mają być przekazywane świadczenia pieniężne należne stronom umowy,
   - wskazanie osób uprawnionych do utrzymywania bieżących kontaktów,
   - ustalenie ilości egzemplarzy, w jakich ma być sporządzona umowa.
   - ustalenie terminu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
4) ustalenie daty i miejsca podpisania umowy.

3.1.15. Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy – art. 36 ust.1 pkt 15 ustawy

Zamawiający może żądać od wykonawcy, który uzyskał zamówienie ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia należytego jego wykonania, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości (**art. 147 ust. 1-2 ustawy**.).
Chodzi o stworzenie uzupełniającej podstawy prawnej zapewniającej zamawiającemu ściągalność ewentualnych roszczeń, zwłaszcza kodeksowych przysługujących mu z tytułu ewentualnych odszkodowań (art. 471 i następne Kc.), kar umownych (art. 483 i następne Kc), rękojmi za wady (art. 556 i następne Kc) oraz z tytułu gwarancji jakości (art. 577 i następne Kc)
Zabezpieczenie ściągalności roszczeń przesądza automatycznie o nieuchronności ich zaspokojenia, wymuszając na drugiej stronie troskę o należyte, wyczerpujące i staranne spełnienie świadczenia. Zabezpieczenie to może być ustanowione bezpośrednio przez samego zobowiązanego wykonawcę bądź też przez działającą w jego interesie osobę trzecią. W tym drugim wypadku osoba trzecia po ewentualnym zaspokojeniu zamawiającego nabywa względem wykonawcy stosowne roszczenia regresowe**.**
Wyróżnia się:

- **zabezpieczenie fakultatywne** (jest zasadą), wchodzące w grę z woli (inicjatywy) zamawiającego w razie spodziewanych zagrożeń w dochodzeniu roszczeń, uzasadnionych indywidualną specyfiką udzielanego zamówienia, oraz
- **zabezpieczenie obligatoryjne,** wchodzące w grę przy zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej 5 278 000 euro (roboty budowlane) bądź o wartości przekraczającej równowartość kwoty 10 000 000 euro (usługi i dostawy) z wyjątkiem umów kredytu i pożyczki, a także przy jakichkolwiek umowach zawartych na okres dłuższy niż 4 lata z wyjątkiem umów, o których mowa **w art. 142 ust. 4 i art.143 ustawy**.

W wyjątkowych sytuacjach, w szczególności gdy żądanie wniesienia zabezpieczenia mogłoby uniemożliwić udzielenia zamówienia lub spowodować znaczący wzrost cen ofert, zamawiający może odstąpić od żądania wniesienia zabezpieczenia (**art. 147 ust. 4 ustawy**). Niezależnie od rodzaju zabezpieczenia kontraktowego sposoby jego ustanowienia (tzw. formy) nie mogą być dowolne, są ustawowo limitowane, a wybór pomiędzy ustawowo wskazanymi sposobami zabezpieczenia umowy przysługuje wykonawcy, a nie zamawiającemu. Obok wskazania wartości zabezpieczenia zamawiający obowiązany jest podać z góry w SIWZ sposoby wywiązania się z tej ubocznej powinności z ostrzeżeniem o konsekwencjach na wypadek jej niedopełnienia.
Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. Oznacza to, że gdyby doszło do podpisania umowy bez równoległego ustanowienia wymaganego zabezpieczenia – umowa taka pozostaje bezskuteczna **(art. 94 ust. 2 ustawy)**
Wysokość zabezpieczenia wyznacza zamawiający na mocy SIWZ 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. Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy **(art. 150 ust. 1-2 ustawy).**
Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy, aczkolwiek w dniu zawarcia umowy wykonawca powinien wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia. Zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonał zapłaty faktury. Wniesienie pełnego zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa **(art. 150 ust. 3-6 ustawy).**
Zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach:

- pieniądzu,

- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym,
- gwarancjach bankowych,
- gwarancjach ubezpieczeniowych,
- 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.

Za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również:

- w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej,
- w drodze ustanowienia zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego,
- w drodze ustanowienia zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

Lista jest zamknięta. Ustanowienie zabezpieczenia w innej postaci jest wykluczone. Trzy ostatnie sposoby (weksel i zastaw) są warunkowo dopuszczalne, a mianowicie, gdy zamawiający z góry na mocy warunków zamówienia (SIWZ, zaproszenie) wyrazi jednoznacznie na nie swoją zgodę.

Przy zabezpieczeniu wekslowym zamawiający powinien rozważyć liczbę niezależnych weksli, aby miał pewność utrzymania zabezpieczenia przez cały okres realizacji umowy. Z kolei przy zastawie rejestrowym powinien rozważyć jego przedmiot (np. papiery wartościowe dopuszczone do publicznego obrotu), aby uniknąć trudności z ustaleniem rzeczywistej wartości zastawianego przedmiotu.

Z uwagi na fakt, iż z wyliczenia zawartego w art. 148 ust. 1-2 ustawy wynika, że wszystkie wskazane tam sposoby zabezpieczenia roszczeń odnoszą się tylko do wierzytelności pieniężnej, przy ustanawianiu zabezpieczenia kontraktu publicznego strony powinny z góry ustalić sposób (sposoby) przekształcenia roszczeń niepieniężnych z tytułu rękojmi za wady przedmiotu oraz z tytułu ewentualnej gwarancji jakości na roszczenia pieniężne.

Mogą to być następujące sposoby załatwienia problemu:

- obwarowanie zwłoki w usuwaniu wad lub realizacji wymiany wadliwego przedmiotu na wolny od wad odpowiednią karą umowną,
- upoważnienie do tzw. wykonania zastępczego należnego świadczenia (będącego surogatem powyższych obowiązków) na koszt niesumiennego dostawcy (wykonawcy) albo odesłanie do obowiązujących w tym zakresie przepisów kodeksowych,
- zastrzeżenie kary umownej za zwłokę naliczanej przez pewien rozsądny okres, a po jego wyczerpaniu dopuszczalność automatycznego przekształcenia roszczenia niepieniężnego na odszkodowanie pieniężne.

Obok powyższych sposobów efektywnej realizacji zabezpieczenia strony powinny jeszcze zwrócić uwagę na procedurę dochodzenia roszczeń, która obejmuje:

- wystąpienie z roszczeniem, w tym ze stosowną reklamacją wad z tytułu rękojmi lub gwarancji jakości,
- wezwanie do zapłaty określonej sumy z uzasadnieniem faktycznym i prawnym, pod rygorem uruchomienia zabezpieczenia,
- uruchomienie zabezpieczenia, które następuje różnie w zależności od ustanowionego rodzaju zabezpieczenia roszczeń.

W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia **(art. 148 ust. 4 ustawy).**

Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Zamawiający musi przechowywać je na oprocentowanym rachunku bankowym **(art. 148 ust. 3 ustawy).**

W trakcie realizacji zamówienia zamawiający może, na wniosek wykonawcy, wyrazić zgodę na zmianę sposobu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zmiana formy zabezpieczenia

dokonywana jest w sposób zachowujący ciągłość zabezpieczenia i nie może powodować umniejszenia jego wysokości. Najpierw zatem należy ustanowić nowe zabezpieczenie, a dopiero potem uwolnić poprzednie **(art. 149 ustawy).**
Gdyby zabezpieczenie przedwcześnie wygasło lub uległo zmniejszeniu może być uzupełnione. Jeżeli zwycięski oferent uprzednio wniósł wadium w pieniądzu podlega ono zaliczeniu wraz z odsetkami na jego wniosek na poczet pieniężnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
Przesłanki uwolnienia zabezpieczenia powinien z góry wyznaczyć zamawiający na mocy warunków zamówienia, które następnie trzeba powtórzyć w ramach czynności w sprawie ustanowienia zabezpieczenia. Najczęściej nazywa się je **okolicznościami wygaśnięcia zabezpieczenia**. Po prawidłowym wykonaniu zamówienia obawa roszczeń ustaje tylko częściowo. Stąd zamawiający może z góry zastrzec konieczność utrzymywania częściowego zabezpieczenia także w okresie ustawowej rękojmi i umownej gwarancji jakości (gdy taka brana jest pod uwagę). Końcowe zabezpieczenie częściowe powinno być odpowiednie co do wartości w stosunku do prawdopodobnych roszczeń.
Zabezpieczenie powinno być uwolnione przez zamawiającego niezwłocznie po zaistnieniu przesłanek uzasadniających ustanie tego dodatkowego stosunku prewencyjnego. Wywiązanie się z obowiązku uwolnienia zabezpieczenia zależy od zastosowanej uprzednio formy zabezpieczenia. Zamawiający musi z góry w warunkach zamówienia wyznaczyć zasady realizacji tego obowiązku.
Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości i nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Kwota ta jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie rękojmi za wady lub gwarancji jakości **(art. 151 ustawy).**
Zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy **(art. 150 ust. 5 ustawy).**
Pozostałe sposoby zabezpieczenia wygasają samoczynnie wraz z wygaśnięciem zabezpieczonej wierzytelności lub z upływem z góry określonego terminu. Zamawiający na żądanie wnoszącego zabezpieczenie, zwraca oryginał dokumentu potwierdzającego wniesienie zabezpieczenia w innej formie niż pieniężna, pozostawiając w dokumentacji umowy jego kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem i ewentualne pokwitowanie wydania dokumentu. Wydanie oryginału dokumentu następuje po upływie okresu, na jaki wniesione zostało zabezpieczenie
W SIWZ należy zawrzeć informację o tym że wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą obowiązany będzie wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy. 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.
Zgodnie z **ustawa** zamawiający żąda zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sytuacji, gdy:

- wartość zamówienia **na roboty budowlane** jest równa lub przekracza 5 278 000 euro,
- wartość zamówienia **na dostawy lub usługi** przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 0000 euro, z wyjątkiem umów kredytu i pożyczki,
- **umowa ma zostać zawarta na okres dłuższy niż 4 lata**, z wyjątkiem umów;
  1) kredytu i pożyczki,
  2) rachunku bankowego, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat,
  3) ubezpieczenia, jeżeli okres umowy nie przekracza 5 lat,
  4) koncesji,
  5) licencji na oprogramowanie komputerowe,
  6) 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.

Określenie wysokości zabezpieczenia należy do zamawiającego. Wielkość ta powinna być podana w SIWZ jako procent ceny ofertowej i ustalona w **granicach 2 % - 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.** Jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zamawiający może w SIWZ zapisać, że zabezpieczenie może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane. W tym przypadku w SIWZ należy zawrzeć klauzulę, że w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść **co najmniej 30 % kwoty zabezpieczenia**. Postanowienia dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawierają **art. 147 – 151 ustawy.**

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy wnoszone w pieniądzu wykonawca powinien wpłacić na konto podane przez zamawiającego w SIWZ. Numer konta na który wnoszone będzie zabezpieczenie należytego wykonania umowy merytoryczny wydział obowiązany jest ustalić z Naczelnikiem Wydziału Finansowego.

W SIWZ należy zaznaczyć, że oryginał dokumentu określającego zabezpieczenie należytego wykonania umowy wnoszone w innej formie niż w pieniądzu winno być zdeponowane w kasie Starostwa.

3.1.16. Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, ogólne warunki umowy lub wzór umowy – art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy

Jako regułę należy przyjąć, że Komisja Przetargowa w SIWZ winna zawrzeć wzór umowy. Tylko w wyjątkowo w specjalistycznych zamówieniach (np. ubezpieczenia, obsługi bankowej budżetu, zamówienia finansowane z udziałem środków pozyskanych z funduszy wspólnotowych) Komisja Przetargowa może zamieścić w SIWZ istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy lub ogólne warunki umowy. Zamawiający powinien z góry zastrzec w umowie maksymalną wartość zobowiązania pieniężnego, bowiem zgodnie z art. 85 ust.1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych, z wyjątkiem Skarbu Państwa, nie mogą zaciągać zobowiązań finansowych, których wartość nominalna należna do zapłaty w dniu wymagalności, wyrażona w złotych, nie została ustalona w dniu zawierania transakcji.

Wzór umowy jest jednym z najistotniejszych elementów SIWZ . W przypadku:

- przetargu nieograniczonego,
- przetargu ograniczonego,
- zapytania o cenę,
- licytacji elektronicznej,

umowa ta nie podlega żadnym negocjacjom z wykonawcami. Wykonawcy mogą zgłaszać uwagi i zapytania do wzoru umowy, na zasadach takich jak do pozostałych części SIWZ zgodnie z postanowieniami **art. 38 ustawy.**

Natomiast w przypadku:

- negocjacji bez ogłoszenia,
- dialogu konkurencyjnego
- negocjacji z ogłoszeniem,
- zamówienia z wolnej ręki,

umowa stanowi jeden z elementów, które stanowią przedmiot negocjacji z wykonawcami lub wykonawcą.

W zawieranej umowie wartość dostaw, usług lub robót budowlanych należy zapisać w kwocie netto (bez podatku VAT), wysokość stawki VAT w %, kwotę podatku VAT, kwotę brutto (łącznie z podatkiem VAT) oraz wskazać dział, rozdział i paragraf klasyfikacji budżetowej. Jeżeli umowa zawierana jest na czas dłuższy niż rok budżetowy jej podpisania, w umowie tej

należy zawrzeć klauzulę „ Środki na zadanie będące przedmiotem zamówienia publicznego nie będą wyższe niż przyjęte w planie finansowym dział ..... . rozdział ..... , § ..... na lata ..... „
Wzór umowy obowiązkowo winien zostać uzgodniony ze Skarbnikiem Powiatu lub osobą przez niego upoważnioną, która na okoliczność uzgodnienia wzoru umowy winien złożyć na nim kontrasygnatę, potwierdzoną pieczątką imienną.
Po tych uzgodnieniach wzór umowy winien być zaopiniowany przez radcę prawnego, który na tą okoliczność winien wpisać na wzorze umowy stosowną opinię, oraz złożyć pieczątkę imienną i własnoręczny podpis.

3.1.17. Pouczenie o środkach ochrony prawnej – art. 36 ust.1 pkt 17 ustawy

Zgodnie z postanowieniami **ustawy,** środki ochrony prawnej 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, bez względu na wartość zamówienia. W SIWZ należy zamieścić postanowienia dotyczące możliwości składania przez wykonawców i uczestników konkursu, a także przez inne osoby, środków ochrony prawnej – protestów, odwołań i skarg do sądu. W SIWZ należy przede wszystkim podać terminy wnoszenia środków ochrony prawnej, możliwość wykonawcy przystąpienia do protestu złożonego przez innego wykonawcę, zawieszenia biegu terminu związania ofertą do czasu rozstrzygnięcia protestu, terminie rozstrzygnięcia protestu, terminie i sposobu wnoszenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu. Postanowienia dotyczące środków ochrony prawnej zawarte są w **art. 179 – 198 ustawy.**

3.1.18. Opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych – art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy

Ta część SIWZ nierozerwalnie łączy się z opisem przedmiotu zamówienia i powinna być sporządzona praktycznie, jako uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem **art. 36 ust. 2 pkt 1** zamawiający zobowiązany jest odnieść się do tej kwestii w sposób jednoznaczny. To znaczy SIWZ musi zawierać zapis wskazujący na to, czy zamawiający wyraża zgodę (dopuszcza), czy też nie wyraża zgody (nie dopuszcza) składania ofert częściowych lub/ i wariantowych. Jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny zamawiający może dopuścić do składania ofert częściowych (**art. 83 ust. 2 ustawy**).
Konsekwencje dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych są liczne, a ważniejsze z nich przedstawiają się następująco:

- wzrastają wymagania w zakresie instrukcji dla wykonawców,
- w relacji do każdej z wyodrębnionych części przedmiotu zamówienia określa się odrębnie kwotę wadium (**art. 45 ust. 5 ustawy**), choć każdy z zainteresowanych wykonawców wnosi tylko jedno wadium, wysokością dostosowaną do deklarowanego zakresu świadczenia,
- postępowanie o udzielenie zamówienia „rozpada się na części" z udziałem różnych grup uczestników (kilka spraw pozostaje ze sobą jedynie w technicznym związku we wspólnym postępowaniu), co wywołuje szereg dalszych implikacji, także w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym,
- wybór oferty najkorzystniejszej to w istocie kilka możliwych wyborów obejmujących zazwyczaj różne oferty w zależności od „stopnia korzyści" proponowanych zamawiającemu warunków umownych, w zakresie poszczególnych części zamawianego świadczenia gospodarczego,
- możliwe jest częściowe unieważnienie postępowania (**art. 93 ust. 2 ustawy**),
- możliwy jest obowiązek zawarcia nie jednej, lecz kilku umów w zależności od wyników postępowania (**art. 94 ustawy**).

Jeżeli Zamawiający nie dopuszcza takiej możliwości w treści SIWZ musi znaleźć się przynajmniej zapis o treści:
„Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych"
W przypadku gdy Zamawiający chce skorzystać z przysługującego mu prawa zobowiązany jest dokładnie określić co rozumie pod pojęciem części zamówienia i zakres, jaki musi obejmować oferta częściowa.
Biorąc za przykład dostawę materiałów i urządzeń biurowych Zamawiający może np. zawrzeć w treści SIWZ następujący zapis:
„Dopuszcza się możliwość składania ofert częściowych
Części zamówienia, na które wykonawca może złożyć ofertę obejmuje:

1) Część I – sprzętu i urządzeń biurowych,
2) Część II – materiałów (wyroby biurowe),
3) Część III – papieru".

Zamawiający ma prawo określić (ograniczyć) maksymalną ilość części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca (**art. 83 ust. 3 ustawy).**
W przypadku dopuszczenia do składania ofert częściowych, w SIWZ należy zawrzeć informację określającą na ile maksymalnie części zamówienia, jeden wykonawca może złożyć oferty.

3.1.19. Maksymalna liczba wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej – art. 36 ust. 2 pkt 2 ustawy

Jeżeli zamawiający po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem przewiduje zawarcie umowy ramowej **(art. 99 ustawy),** winien to uwzględnić w SIWZ, podając liczbę wykonawców, z którymi zamierza zawrzeć umowę ramową. Zgodnie bowiem z **art.100 ust 3 ustawy** umowę ramową zawiera się :

- z jednym wykonawcą, jeżeli z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zawarcie umowy z większa liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne,
- co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.

Informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej przedkłada naczelnik merytorycznego wydziału we **„Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1,** proponując ilość wykonawców z którym zostanie zawarta umowa ramowa Na tej podstawie Komisja Przetargowa wnosi do Pełnomocnika w **„Propozycji wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego" na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 4** o zaakceptowanie odpowiedniej liczby wykonawców z którymi zostanie zawarta umowa ramowa.

3.1.20. Informacja dotycząca przewidywanych zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust.1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 – art. 36 ust.2 pkt 3 ustawy

Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówienia uzupełniającego i spełnia wszystkie wymagane warunki z tym związane, w SIWZ powinien określić co najmniej zakres (przedmiot) przewidywanego zamówienia uzupełniającego oraz określić jego wartość szacunkową. Informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających winna być zgodna ze stosownym zapisem we **„Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1,** przedkładanym przez naczelnika merytorycznego wydziału.

3.1.21. Opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe – art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy

Odnośnie ofert wariantowych, to warunkiem uprawniającym zamawiającego do dopuszczenia złożenia oferty wariantowej jest konieczność przyjęcia do wyboru najkorzystniejszej **oferty jeszcze co**

najmniej jednego kryterium poza kryterium „cena ofertowa". A więc możliwość składania ofert wariantowych może pojawić się tylko w postępowaniach, w których jako najkorzystniejszą uznaje się ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny ofertowej i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

W takim przypadku Zamawiający zobowiązany jest w treści SIWZ:

- po pierwsze – poinformować wykonawców o dopuszczeniu takiej możliwości: „Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia ofert wariantowych".
- po drugie – **określić warunki brzegowe (minimalne lub maksymalne), jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe.**

Zgodnie z przepisem **art. 82 ust.1 ustawy „Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę".** W takim przypadku doszłoby przecież do złożenia dwóch ofert, a to w konsekwencji musi prowadzić do odrzucenia takiej oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy** – oferta jest niezgodna z **ustawą**. Możliwość złożenia oferty wariantowej stanowi tylko możliwość wyboru przez wykonawcę, czy składać będzie ofertę na warunkach określonych i wymaganych przez zamawiającego, czy też jest w stanie i uważa to za korzystne, zaproponować inny sposób wykonania zamówienia, gwarantując zachowanie postawionych warunków brzegowych i uzyskanie wymaganego efektu realizacji zamówienia. Informacja o dopuszczeniu składania ofert wariantowych znajdować się powinna we **„Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1,** przedkładanym przez naczelnika merytorycznego wydziału.

3.1.22. Adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej - art. 36 ust. 2 pkt 5 ustawy

Stosownie do postanowień **art. 36 ust. 2 pkt 5 ustawy** zamawiający winien zamieścić w SIWZ adres poczty elektronicznej lub strony internetowej zamawiającego, jeżeli zamawiający dopuszcza porozumiewanie się drogą elektroniczną.

W takim przypadku powinien to być adres poczty elektronicznej Pełnomocnika i Sekretarza Komisji Przetargowej oraz adres strony internetowej Powiatu Pabianickiego – www.powiat.pabianice.pl

3.1.23. Informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia art. 36 ust.2 pkt 6 ustawy

Stosownie do postanowień **art. 36 ust.2 pkt 6 ustawy** Komisja Przetargowa obowiązana jest zawrzeć w SIWZ informację dotyczącą walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą. W przypadku zamówień udzielanych przez Zarząd Powiatu w SIWZ powinien znaleźć się zapis, że zamawiający **nie dopuszcza rozliczeń w walutach obcych** w związku z wykonywaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3.1.24.1. Informacja o przewidywanym wyborze oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej – art. 36 ust. 2 pkt 7 lit. a ustawy

Zgodnie z **art. 91a ust. 1 ustawy** jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie **art. 55 ust.1 pkt 1 ustawy**, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

W przypadku przewidywania wyboru najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej stosowną informację przedkłada naczelnik merytorycznego wydziału we **„Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową" na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.** Na tej podstawie Komisja Przetargowa w **„Propozycji wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego" na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 4**, przedkłada wniosek do Pełnomocnika o przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty.

3.1.24.2. Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych – art. 36 ust. 2 pkt 7 lit. b ustawy

Komisja Przetargowa w przypadku przewidywanego zastosowania aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, obowiązana jest zamieścić w SIWZ informacje dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych. Wszystkie te informacje Komisja Przetargowa winna uzgodnić albo z informatykiem powiatowym albo wynikać one powinny z umowy lub z ustaleń z przedstawicielem firmy, która udostępnia własną platformę elektroniczną w celu przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

3.1.24.3. Informacja, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej – art. 36 ust. 2 pkt 7 lit. c ustawy

Stosownie do postanowień **art. 36 ust. 2 pkt 7 lit. c ustawy**, SIWZ zawiera również informację, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej. Sprawa kryteriów oceny ofert stosowanych w aukcji elektronicznej została uregulowana **w art. 91a ust. 3 ustawy,** który stanowi, że kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w SIWZ umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Propozycję tych kryteriów przedkłada merytoryczny wydział we **„Wniosku o podjęcie czynności przez Komisję Przetargową" na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 1.**
Na tej podstawie wykaz kryteriów oceny ofert w aukcji elektronicznej Komisja Przetargowa przedstawia Pełnomocnikowi w **„Propozycji wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego" na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 4.** biorąc pod uwagę możliwości platformy elektronicznej na której będzie przeprowadzana aukcja elektroniczna. Wykaz podlega zatwierdzeniu przez Pełnomocnika.

3.1.25. Żądanie wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom lub która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom – art. 36 ust. 4 i 5 ustawy

W SIWZ zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom – **art. 36 ust. 4 ustawy.** Biorąc pod uwagę to uprawnienie zamawiającego, jako zasadę w przypadku robót budowlanych, Komisja Przetargowa winna zapisać w SIWZ żądanie wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom. Ponadto zamawiający może określić w SIWZ, która część zamówienia nie może powierzona podwykonawcom – **art. 36 ust. 5 ustawy**.
Jednocześnie wolno zamawiającemu dodać rygor, że brak wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, z góry w ofercie eliminuje całkowicie możliwość ubiegania się wykonawcy o taką zgodę przy podpisywaniu umowy docelowej, czy też możliwość negocjowania dopiero wtedy zakresu robót powierzonych podwykonawcy. Wynika to z automatyzmu procedury przetargowej (art. 70^1 i następnych Kodeksu cywilnego) oraz z zasady równego traktowania wszystkich ubiegających się o zamówienie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie konkurencji, sprzeciwiających się jednoznacznie jakimkolwiek negocjacjom dodatkowym co do istotnych elementów umowy zawieranej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Ma to szczególnie znaczenie przy zamówieniach na roboty budowlane. W dniu 24 kwietnia 2003 r. weszła bowiem w życie zmiana **art. 647^1 Kodeksu cywilnego**. Zgodnie z dyspozycją tego artykułu zamawiający - inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Nasuwająca się w takich **warunkach odpowiedzialność solidarna zamawiającego i wykonawcy jest najdalej idącą**

ochroną interesów podwykonawcy, choć może ona stwarzać niekiedy dla zamawiającego dodatkowe ryzyko w postaci powtórnej zapłaty za roboty już wcześniej zapłacone, ale jak podkreślono w uzasadnieniu[99] – „zamawiający od tego rodzaju odpowiedzialności może się jednak ubezpieczyć na koszt wykonawcy". Do odpowiedzialności zamawiającego są konieczne do spełnienia łącznie następujących warunków:

- ustalenie w umowie między zamawiającym a wykonawcą robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców,
- uzyskanie przez wykonawcę zgody zamawiającego na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą,
- przedłożenie zamawiającemu tekstu zawartej już z podwykonawcą umowy lub co najmniej jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót objętych tą umową lub jej projektem,
- jeżeli zamawiający, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Bardzo ważnym elementem w SIWZ jest staranne przygotowanie wzoru umowy w której należy zamieścić stosowne klauzule zabezpieczające interesy zamawiającego.
Przy zamówieniach publicznych istnieje jednak obowiązek rozpatrywania zakresu pojęciowego robót publicznych z uwzględnieniem ustawy Prawo budowlane **(art. 2 pkt 8 ustawy). Stąd ostatecznie zasięg ograniczeń z art. 647[1] Kodeksu cywilnego łączyć należy z budową, przebudową, montażem, remontem lub rozbiórką obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 8 prawa budowlanego**.
Ograniczenia z art. 647[1] Kc nie dotyczą zatem rozmaitych usług związanych z procesem budowlanym, zwłaszcza geodezyjnych, geologicznych, transportowych itd., przy których wykonawca swobodnie korzystać może z podwykonawców. Podobnie przedstawia się sprawa z ewentualnymi usługami konserwacyjnymi, mylonymi często z pracami remontowymi prawnie zrównanymi z robotami budowlanymi. **W świetle bowiem przepisu art. 3 pkt 8 prawa budowlanego przez remont rozumie się wykonywanie w obiekcie budowlanym prac polegających na odtworzeniu stanu prawnego, a nie stanowiących jego bieżącej konserwacji (ma ona na celu jedynie obiektu w stanie niepogorszonym), przy czym podczas remontu dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.** Absolutnie też wykluczyć trzeba z zasięgu unormowania art. 647[1] Kc wszelkie dostawy (w tym materiałów budowlanych) realizowane przez zaangażowane ze strony wykonawców osoby trzecie, a także rozmaite usługi montażowe i inne czynności pomocnicze związane z wyposażaniem nowo oddanego obiektu w sprzęt i inne rzeczy ruchome.
W sprawach związanych z solidarną odpowiedzialnością zamawiającego i wykonawcy wobec podwykonawcy na grunice art. 647[1] Kc wypowiadał się Sąd Najwyższy, między innymi w wyroku z 30 maja 2006 r. i uchwale z 28 czerwca 2006 r. Oba te stanowiska Sądu Najwyższego zamieszczono poniżej.

3.1.25.1. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2006 roku, sygn. akt IV CSK 61/2006

Poniższy wyrok ma doniosłe znaczenie dla praktyki samorządowej. Wskutek założenia dorozumianej zgody zamawiającej Gminy na zaangażowanie podwykonawcy, zmuszono ją do podwójnej zapłaty za jedne i te same roboty, na rzecz głównych wykonawców i ponownie na rzecz podwykonawcy. Przepisy art. 647[1] K.c. pomyślane były jako remedium na powstrzymanie nadużyć w postaci bezpodstawnego zatrzymywania przez wykonawców wynagrodzenia należnego podwykonawcom, głównie w stosunkach

[99] Druk Sejmowy Nr 888 z dnia 16 września 2002 r.

obrotu prywatnego. Tymczasem ich skutki godzą w sferę zamówień publicznych, gdzie praktyki takie nie występowały. Nietypowe okoliczności i niewystarczająca znajomość prawa ze strony urzędników powoduje, że jednostki sektora publicznego, zwłaszcza podejmujące szereg inwestycji budowlanych gminy są coraz częściej narażone na konieczność uiszczania podwójnej zapłaty za niektóre roboty, w wyniku wyrażenia „milczącej" zgody na zaangażowanie podwykonawcy.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna[100]
z dnia 30 maja 2006 r.
IV CSK 61/2006

Dniem wejścia w życie ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2003 r. Nr 49 poz. 408) jest, w zakresie znowelizowanych przepisów o umowach o roboty budowlane, dzień wejścia w życie art. 1 pkt 35 tej ustawy, to jest 24 kwietnia 2003 r. Artykuł 647[1] Kc ma zastosowanie do umowy o roboty budowlane, zawartej przez podwykonawcę z wykonawcą po dniu 23 kwietnia 2003 r.

Sędzia SN Irena Gromska-Szuster (przewodniczący)
Sędzia SN Teresa Bielska-Sobkowicz (sprawozdawca)
Sędzia SN Gerard Bieniek
Sąd Najwyższy w sprawie z powództwa Eugeniusza B. przeciwko Gminie Miejskiej M. o zapłatę, po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 30 maja 2006 r. skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 10 sierpnia 2005 r. oddalił skargę kasacyjną oraz oddalił wniosek powoda o zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 10 sierpnia 2005 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku zmienił wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 października 2004 r. i uwzględnił powództwo Eugeniusza B. przeciwko Gminie Miejskiej M., zasądzając od pozwanej na rzecz powoda kwotę 215.605 zł z ustawowymi odsetkami tytułem wynagrodzenia za roboty budowlane.
Z ustaleń Sądu pierwszej instancji, które Sąd Apelacyjny podzielił i przyjął za własne, wynika, że powód, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy „H.-B." w P., był podwykonawcą innych przedsiębiorców, Przedsiębiorstwa Budowlanego „A." sp. z o.o. w O. oraz „T." sp. z o.o. w O., którzy w ramach konsorcjum zawarli z pozwaną umowę na wykonanie instalacji kanalizacyjnej. W umowie przyjęto, że wykonawca nie może powierzyć wykonania części robót podmiotowi trzeciemu bez zgody pozwanej jako zamawiającego.
Wykonawca ubiegał się o zgodę pozwanej na powierzenie wykonania części robót podwykonawcom, w tym powodowi. Taka zgoda została w dniu 4 sierpnia 2003 r. udzielona na piśmie, jednak przez nieumocowanego pracownika pozwanej, po czym dnia 8 sierpnia 2003 r. została zawarta umowa pomiędzy „T." sp. z o.o. a powodem, w której zastrzeżono dla powoda wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie brutto 215.605 zł, a ponadto generalni wykonawcy zobowiązali się do przedłożenia umowy do akceptacji przez pozwaną oraz do poinformowania powoda o ewentualnym sprzeciwie lub innych zastrzeżeniach inwestora co do treści umowy. Umowę z powodem konsorcjanci przedstawili pozwanej dopiero pod koniec wykonywania powierzonych im robót, za które powodowi nie zapłacili. Pozwana tej umowy nie zaakceptowała, chociaż miała świadomość, że powód jest podwykonawcą. Po kilkakrotnym żądaniu wypłaty należnego wynagrodzenia bezpośrednio od inwestora powód wytoczył niniejsze powództwo na podstawie art. 647[1] § 5 Kc.
Sąd Apelacyjny nie podzielił oceny prawnej Sądu Okręgowego, podkreślając, że art. 647[1] Kc wprowadza rozszerzoną skuteczność zobowiązania umownego, które rozciągają się także na osobę niebędącą stroną umowy. Przesłanką powstania odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy

[100] Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 30 maja 2006 r., sygn.akt IV CSK 61/2005, publ.LexPolonica

za zapłatę wynagrodzenia jest jego zgoda, tylko pozornie wykazująca podobieństwo do „zgody osoby trzeciej” , o której mowa w art. 63 Kc. Opierając się na poglądach doktryny, Sąd odwoławczy wywiódł, że od wyrażenia lub niewyrażenia zgody inwestora nie zależy skuteczność umowy pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą. Zgoda, o której mowa, może być wyrażona w sposób dowolny, także dorozumiany (przez brak sprzeciwu i zastrzeżeń), w dowolnym momencie, zarówno przed zawarciem umowy z podwykonawcą, jak i po jej zawarciu, w trakcie realizacji, a nawet po wykonaniu robót przez podwykonawcę. Do zastosowania art. 647[1] § 1 i 5 Kc jest istotna faktyczna wiedza inwestora o istnieniu i treści umowy z podwykonawcą, nie zaś to, czy którakolwiek ze stron przedstawiła mu umowę.
Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie zasługuje na uwzględnienie zawarta w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego wykładnia art. 647[1] § 2 Kc, według której umowa pomiędzy generalnymi wykonawcami a powodem nie była skuteczna wobec inwestora z tego względu, że zgoda na jej zawarcie powinna być udzielona przed rozpoczęciem robót przez podwykonawcę, przedstawienie zaś tej umowy w trakcie realizacji robót nie obligowało pozwanej do aprobaty umowy bądź zgłoszenia sprzeciwu. Przedstawienie inwestorowi umowy przez podwykonawcę zobowiązywało go do wyrażenia zgody na jej zawarcie bądź zgłoszenia sprzeciwu przewidzianego w art. 647[1] § 2 Kc. Skoro pozwana tego nie uczyniła, można uważać, że wyraziła zgodę na jej zawarcie. Nie było także obojętne, wbrew odmiennej ocenie Sądu Okręgowego, dopuszczenie powoda do wykonywania prac przez inspektora nadzoru inwestorskiego, a także zgłaszanie bezpośrednio powodowi przez pozwaną konieczności wykonania określonych robót dodatkowych.
Powyższy wyrok pozwana zaskarżyła skargą kasacyjną, opartą wyłącznie na podstawie naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 647[1] Kc na skutek uznania, że pozwana jako inwestor ponosi solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, gdy, zdaniem skarżącej, nie zostały spełnione ustawowe przesłanki tej odpowiedzialności, wykonawca bowiem nigdy nie przedstawił pozwanej umowy z tym podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót. Ponadto skarżąca sformułowała zarzut naruszenia art. 8 i 10 ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2003 r. Nr 49 poz. 408), twierdząc, że w ustalonym stanie faktycznym niewłaściwie zastosowany został art. 647[1] Kc, gdyż do umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy znajdują zastosowanie przepisy dotychczasowe. Skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy przez oddalenie apelacji. (...)
Sąd Najwyższy zważył, co następuje:
W sprawie występują problemy prawne, które nie były dotychczas przedmiotem orzecznictwa Sądu Najwyższego. Dotyczą one stosowania przepisów intertemporalnych ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeksu cywilnego, tj. art. 8 ust. 1 art. 10 . Pierwszy z nich stanowi, że przepisy dotychczasowe stosuje się do umów o roboty budowlane, zawartych przed datą wejścia w życie ustawy, którą w art. 10 określono w sposób niejednolity, gdyż ustawa weszła w życie po upływie 6 miesięcy od dnia ogłoszenia, tj. dnia 25 września 2003 r., jednakże art. 647[1] i 685[1] Kc zaczęły obowiązywać już po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia.
Decydującego znaczenia nabiera zatem rozstrzygnięcie wątpliwości, czy umowę pomiędzy powodem a generalnymi wykonawcami należy uznać za zawartą „przed dniem wejścia w życie ustawy” i czy w konsekwencji tego stwierdzenia należy do niej stosować art. 647[1] Kc. Analiza powołanych przepisów prowadzi do udzielenia na powyższe pytania odpowiedzi twierdzącej, gdyby bowiem podzielić zarzuty skarżącej i uznać - dokonując jedynie wykładni gramatycznej - że art. 647[1] Kc ma zastosowanie tylko do umów z podwykonawcą zawartych po dniu 25 września 2003 r., a więc po wejściu w życie „całej” ustawy, należałoby dojść do wniosku, że w okresie od dnia 24 kwietnia do dnia 25 września 2003 r. przepis art. 647[1] Kc co prawda obowiązywał (zgodnie z art. 10), ale nie mógł być stosowany (ze względu na treść art. 8). Rezultat tej wykładni jest jednak nie tylko sprzeczny z zasadami logicznego rozumowania, lecz wręcz narusza postulat racjonalności ustawodawcy, w ustawie nie powinno być bowiem przepisów zbędnych. Jeżeli zatem wykładnia językowa przynosi rezultaty sprzeczne z powyższym założeniem, należy uwzględnić taki kierunek wykładni, jaki wynika

z dyrektyw pozajęzykowych, w szczególności z argumentów celowościowych. Nie można zwłaszcza pominąć celu nowelizacji przepisów regulujących umowy o roboty budowlane, jakim była potrzeba ochrony podwykonawców na wypadek niewykonania przez wykonawcę zawartej z nim umowy.
Właściwa interpretacja art. 8 ust. 1 w związku z art. 10 ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2003 r. Nr 49 poz. 408) prowadzi do wniosku, że dniem wejścia jej w życie jest, w zakresie znowelizowanych przepisów o umowach o roboty budowlane, dzień wejścia w życie art. 1 pkt 35 tej ustawy, tj. dzień 24 kwietnia 2003 r. W konsekwencji należy uznać, że wprowadzony tą ustawą art. 647[1] Kc ma zastosowanie do umowy o roboty budowlane, zawartej przez podwykonawcę z wykonawcą od tego dnia.
W dalszej kolejności pozostaje już tylko rozważenie zarzutów odnoszących się do zastosowania art. 647[1] Kc, a zwłaszcza, czy zostały spełnione przesłanki, od których zależy solidarna odpowiedzialność pozwanej Gminy wobec powoda jako podwykonawcy robót budowlanych. Podzielić należy zapatrywanie Sądu Apelacyjnego, że zgodnie z art. 647[1] § 2 Kc zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą nie musi być wyrażona w szczególnej formie, co oznacza, że zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 60 Kc, może ona wynikać w sposób dorozumiany także z zachowania, które dostatecznie ujawnia wolę inwestora. Trafnie zauważył Sąd Apelacyjny, że udzielenie zgody nie musi nastąpić przed zawarciem umowy z podwykonawcą, gdyby bowiem tak było, ustawodawca nie użyłby w art. 647[1] § 2 Kc sformułowania „umowa z podwykonawcą lub jej projekt" , co oznacza, że wprost dopuszcza się także udzielenie zgody po zawarciu umowy.
Zgoda, o której mowa, nie ma zresztą w ogóle charakteru czynności, od której uzależniona jest skuteczność czy ważność umowy z podwykonawcą, okoliczność bowiem, czy dłużnik wykonywa zobowiązanie sam, czy też posługuje się do tego celu innymi osobami, stosunkowo rzadko ma znaczenie z punktu widzenia interesu wierzyciela. W wypadku umowy o roboty budowlane, zgoda inwestora, o której mowa w art. 647[1] § 2 Kc, warunkuje jedynie solidarną odpowiedzialność inwestora za zobowiązanie z tytułu wynagrodzenia należnego podwykonawcy.
Uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że pozwana ponosi odpowiedzialność wobec powoda na podstawie art. 647[1] § 5 Kc. Jak ustalono, pozwana Gmina miała świadomość zarówno faktu powierzenia wykonywania prac powodowi, jak i ich zakresu. Brała także udział w negocjacjach mających na celu doprowadzenie do prawidłowego rozliczenia należności powoda za wykonane roboty. Twierdzenie, że skarżący nie otrzymał od wykonawców umowy zawartej z powodem jest sprzeczne z ustaleniami, z których wynika, że umowa została przedstawiona i nastąpiło to pod koniec wykonywania prac przez powoda. Kwestionowanie ustaleń faktycznych w skardze kasacyjnej jest bezskuteczne, a uzasadnianie zarzutu naruszenia prawa materialnego powołaniem się na wadliwie ustalony stan faktyczny - chybione.
Analogicznie należy także potraktować podniesiony w skardze, oparty na treści art. 647[1] § 2 Kc, zarzut, że nie została spełniona przesłanka przedstawienia pozwanej wraz z umową części dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie. Trzeba zauważyć, że pozwana wiedziała, jakie roboty wykonuje powód, wyznaczona osoba sprawowała nad nimi nadzór inwestorski, a przedstawiciel inwestora dokonał w dniu 24 października 2003 r. odbioru końcowego robót od powoda. Należy podzielić poglądy tych przedstawicieli doktryny, którzy twierdzą, że określenie zakresu robót budowlanych wykonywanych osobiście przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) oraz podwykonawców nie stanowi elementu przedmiotowo istotnego umowy o roboty budowlane, a w konsekwencji także koniecznej przesłanki powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy.
Mając to na względzie, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398[14] Kpc orzekł, jak w sentencji.

3.1.25.2 Glosa dr Ryszarda Szostaka do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2006 r.[101]

[101] Szostak Ryszard, *Wynagrodzenie podwykonawcy* „Zamówienia publiczne – Doradca" Nr 2(118) 2007, s. 20 – 23.

Powód Eugeniusz B. prowadzący zakład budowlany był w drugiej połowie 2003 r. podwykonawcą robót budowlanych (instalacyjnych) objętych zamówieniem publicznym udzielonym przez pozwaną Gminę Miasta M. na rzecz działających w ramach konsorcjum spółek handlowych. Na mocy postanowienia § 6 pkt 9 umowy podstawowej ustalono, że współpracujący wykonawcy nie mogą powierzyć wykonania jakichkolwiek robót osobie trzeciej bez wyraźnej zgody zamawiającej Gminy. W trakcie realizacji tej umowy wykonawcy wystąpili o uprzednią zgodę pozwanej Gminy na powierzenie części robót podwykonawcy. Zgoda została udzielona na piśmie, jednak przez działającego bez umocowania pracownika. Umowę z podwykonawcą zawarto 8 sierpnia 2003 r. Generalni wykonawcy zobowiązali się do jej przedłożenia (celem akceptacji) zamawiającej Gminie i do poinformowania powodowego podwykonawcy o ewentualnym sprzeciwie lub zastrzeżeniach inwestora. Konsorcjanci umowę z powodowym podwykonawcą przedstawili pozwanej Gminie dopiero pod koniec budowy obiektu. Za wykonane roboty podwykonawca nie otrzymał wynagrodzenia. Gmina przedmiotowej umowy wyraźnie nie zaakceptowała, lecz zbyła milczeniem, chociaż faktycznie miała świadomość tego, że powód jest podwykonawcą, albowiem inspektor nadzoru inwestorskiego dopuścił go do realizacji robót. Po kilkakrotnym żądaniu wypłaty wynagrodzenia bezpośrednio od inwestora, powodowy podwykonawca na podstawie art. 647^1 § 5 Kc. wytoczył powództwo sądowe. Zgodnie z tym przepisem zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Rozpatrujący sprawę w I instancji Sąd Okręgowy w G. oddalił to powództwo w dn. 25 października 2004 r. argumentując, że nie zasługuje ono na uwzględnienie, ponieważ w świetle art. 647^1 § 2 Kc. umowa pomiędzy generalnymi wykonawcami a powodowym podwykonawcą nie była skuteczna wobec inwestora (Gminy). Zgoda na jej zawarcie powinna być udzielona - zdaniem tego Sądu - przed rozpoczęciem robót przez podwykonawcę, zaś przedstawienie tej umowy w trakcie realizacji robót nie obligowało pozwanej Gminy do jej aprobaty bądź zgłoszenia sprzeciwu. **Odmienne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w G., który wyrokiem z dn. 10 sierpnia 2005 r. uwzględnił powództwo podwykonawcy, zmieniając werdykt Sądu I instancji.** Jego zdaniem regulacja z art. 647^1 Kc. wprowadza rozszerzoną skuteczność zobowiązania umownego, rozciągającą się także na osobę niebędącą stroną umowy. Przesłanką powstania odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia jest jego zgoda, która tylko pozornie wykazuje podobieństwo do „zgody osoby trzeciej", o której mowa w art. 63 Kc. Opierając się na poglądach doktryny Sąd Apelacyjny wywiódł, że od udzielenia bądź nieudzielania zgody inwestora nie zależy skuteczność umowy pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą, zgoda ta może być wyrażona także w sposób dorozumiany (przez brak sprzeciwu lub zastrzeżeń) i to w dowolnym momencie, zarówno przed zawarciem umowy z podwykonawcą, jak i po jej zawarciu, w trakcie realizacji, a nawet po wykonaniu robót przez wykonawcę. Według Sądu Apelacyjnego dla zastosowania art. 647^1 § 1 i 5 Kc. istotna jest faktyczna wiedza inwestora o istnieniu i treści umowy z podwykonawcą, nie zaś to, czy którakolwiek ze stron przedstawiła mu umowę. Przedstawienie inwestorowi umowy z podwykonawcą w przedmiotowej sprawie zobowiązało go -wbrew stanowisku Sądu I instancji - do wyrażenia zgody na jej zawarcie bądź zgłoszenia sprzeciwu przewidzianego w art. 647^1 § 2 Kc. Skoro zaś tego pozwana Gmina nie uczyniła, uważać można, że wyraziła zgodę na jej zawarcie (dorozumianą).

W skardze kasacyjnej do Sądu Najwyższego pozwana Gmina zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego zarzucając naruszenia art. 647^1 Kc, gdyż jej zdaniem nie zostały spełnione ustawowe przesłanki jej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, skoro wykonawca nie przedstawił pozwanej umowy z tym podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót.

Oddalając skargę kasacyjną Sąd Najwyższy podzielił zapatrywanie Sądu Apelacyjnego, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą nie musi być wyrażona w szczególnej formie, w świetle art. 60 Kc. może ona wynikać w sposób dorozumiany także z zachowania, które ujawnia wolę inwestora w sposób dostateczny. Jej udzielenie nie musi nastąpić przed zawarciem umowy z podwykonawcą. Gdyby tak było, ustawodawca nie użyłby w art. 647^1 § 2 Kc. sformułowania „umowa z podwykonawcą lub jej projekt", co właśnie oznacza, że wprost dopuszcza się udzielnie zgody

po zawarciu umowy. **Według Sądu Najwyższego zgoda inwestora nie ma w ogóle charakteru czynności, od której uzależniona jest skuteczność, czy ważność umowy z podwykonawcą robót budowlanych.** Okoliczność bowiem, czy dłużnik sam wykonywa zobowiązanie, czy posługuje się w tym celu innymi osobami, stosunkowo rzadko ma znaczenie z punktu widzenia interesu wierzyciela, natomiast w odniesieniu do umowy o roboty budowlane, zgoda inwestora warunkuje (według art. 647 § 2 Kc) jedynie solidarną odpowiedzialność inwestora za zobowiązanie z tytułu wynagrodzenia należnego wykonawcy. **Pozwana Gmina ponosi więc odpowiedzialność wobec powodowego podwykonawcy na podstawie art. 647^1 § 5 Kc, ponieważ miała świadomość zarówno faktu powierzenia prac podwykonawcy, jak i ich zakresu, skoro - jak ustalono -umowa zawarta z podwykonawcą została jej niewątpliwie przedstawiona pod koniec wykonywania prac budowlanych.** Kwestionowanie zaś .tej okoliczności w skardze kasacyjnej okazało się chybione. Jednocześnie Sąd Najwyższy podzielił pogląd doktryny, że określenie zakresu prac wykonywanych osobiście przez generalnego wykonawcę oraz przez podwykonawców nie stanowi elementu przedmiotowo istotnego umowy o roboty budowlane, a w konsekwencji także koniecznej przesłanki solidarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy.

Powyższy wyrok ma doniosłe znaczenie dla praktyki samorządowej. Wskutek założenia dorozumianej zgody zamawiającej Gminy na zaangażowanie podwykonawcy, zmuszono ją do podwójnej zapłaty za jedne i te same roboty, na rzecz głównych wykonawców i ponownie na rzecz podwykonawcy. Przepisy art. 647^1 Kc. pomyślane były jako remedium na powstrzymanie nadużyć w postaci bezpodstawnego zatrzymywania przez wykonawców wynagrodzenia należnego podwykonawcom, głównie w stosunkach obrotu prywatnego (por. uzasadnienie do art. 1 pkt 35 ustawy z dn. 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 49, poz. 408). Tymczasem ich skutki godzą w sferę zamówień publicznych, gdzie praktyki takie nie występowały (por. też uchwałę Sądu Najwyższego z dn. 28 czerwca 2006 r., III CZP-36/06). Nietypowe okoliczności i niewystarczająca znajomość prawa ze strony urzędników powoduje, że jednostki sektora publicznego, zwłaszcza podejmujące szereg inwestycji budowlanych gminy są coraz częściej narażone na konieczność uiszczania podwójnej zapłaty za niektóre roboty, w wyniku wyrażenia „milczącej" zgody na zaangażowanie podwykonawcy. Nieświadome konsekwencji i przynaglone 30-dniowym terminem zapłaty gminy (zob. ustawę z dn. 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach budowlanych, Dz. U. Nr 139, poz. 1323) uiszczają zazwyczaj cale wynagrodzenie do rąk wykonawcy, w zaufaniu do odwiecznej zasady, że umowy wiążą jedynie osoby w nich uczestniczące. W świetle bowiem art. 647^1 § 5 Kc. wykonawca i zamawiający inwestor ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Odmienne zastrzeżenie jest nieważne. Jedną z przesłanek odpowiedzialności inwestora jest zgoda na dopuszczenie podwykonawcy do robót. Jeśli zamawiający-inwestor w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie (projekcie), nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy (art. 647^1 § 2 Kc). Przez pierwsze 14 dni zgoda (sprzeciw) wymaga formy pisemnej, a potem wystarczy już jakakolwiek forma, skoro liczy się nawet zgoda dorozumiana.

Unormowanie z art. 647^1 K.c. poddane zostało w literaturze przedmiotu stosunkowo ostrej krytyce (por. zwłaszcza P. Drapała: Umowa o roboty budowlane, „Przegląd Prawa Handlowego" 2003, Nr 8, s. 11 i n,, W. Białończyk: Odpowiedzialność w umowach o roboty budowlane, „Prawo spółek" 2003, Nr 10, s. 27 i n., R. Szostak: Podwykonawca robót budowlanych, „Zamówienia Publiczne Doradca" 2004, Nr 1, s. 17 i n. oraz K. Kołakowski: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga Trzecia - zobowiązania, t. 2, Warszawa 2003, s. 207 i n.), ale - jak dotychczas - nie zostało skorygowane. Zwracano uwagę zwłaszcza na groźbę zmowy wykonawcy z podwykonawcą zorientowanej na wymuszenie podwójnej zapłaty, przede wszystkim w stosunkach z udziałem jednostek samorządowych. Sytuację pogarsza pogląd Sądu Najwyższego, że zgoda zamawiającego inwestora w ogóle nie warunkuje skuteczności umowy z podwykonawcą, lecz jest jedynie przesłanką jego gwarancyjnej odpowiedzialności (powstającej *ex legę)* za cudzy dług. Sąd Najwyższy nie podzielił zgodnego poglądu doktryny (zob. P. Drapała: op. cit., s. 13, W. Białończyk: op. cit., s. 29-30, K. Kołakowski: op. cit., s. 208 i R. Szostak:

op. cit., s. 20-21), że przedmiotowa zgoda warunkuje skuteczność (ważność) umowy z podwykonawcą. Takie zapatrywanie wyprowadzono z art. 647^1 § 1 Kc, według którego w umowie zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą) strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców oraz z art. 647^1 § 2 uzd. 1 Kc stanowiącego, że „do zawarcia" przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Zakładano też, że sprzeciw inwestora wobec zawarcia umowy z podwykonawcą działa rozwiązująco względem umowy. Tymczasem konsekwencją przyjętego przez Sąd Najwyższy stanowiska jest to, że przepisy powyższe nie mają bezwzględnie wiążącego charakteru, a właściwie to są nawet zbędne. Pomimo że w komentowanej sprawie (według zastrzeżenia umowy podstawowej z generalnymi wykonawcami) podwykonawca miał być dopuszczony do robót budowlanych tylko za zgodą zamawiającej gminy, okoliczność ta w ogóle nie była brana pod uwagę przy wyrokowaniu, tak jakby z uwagi na dyspozycję art. 647^1 § 5 Kc pozbawiona była jakiegokolwiek znaczenia. Łączenie milczącej zgody inwestora wyłącznie z jego odpowiedzialnością za cudzy dług stanowi rozwiązanie niezwykle rygorystyczne w obszarze zamówień publicznych, gdzie musi obowiązywać zasada, że podwykonawca nie może być gorszy w zakresie zdolności do prawidłowego wykonania zamówienia, niż sam wykonawca, który przecież podlega weryfikacji na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i może być niedopuszczony do przetargu lub wykluczony z innej procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Jeśliby jednak uznać pogląd, że zgoda zamawiającego inwestora w rozumieniu art. 647^1 § 2 Kc nie ma żadnego wpływu na skuteczność umowy z podwykonawcą, w stosunkach zamówień publicznych doniosłe stałoby się pytanie, w jaki sposób można zapobiegać dowolności w dopuszczaniu podwykonawców. W szczególności w obliczu art. 647^1 § 1 Kc, który stanowi, że zamawiający ustala z generalnym wykonawcą zakres robót, które wykonawca będzie realizował osobiście lub za pomocą podwykonawców, a także w świetle przepisów art. 36 ust. 4-5 Pzp upoważniających zamawiającego do żądania od oferentów ubiegających się o zamówienie z góry wskazania podwykonawcy albo nawet do wyodrębnienia w warunkach zamówienia „części robót, która nie może być powierzona podwykonawcom".

Wydaje się, że naruszenie tego rodzaju zastrzeżeń połączone z bezpodstawnym dopuszczeniem podwykonawcy do realizacji robót, uzasadniać powinno co najmniej odpowiednie zastosowania art. 636 § 1 Kc. (dotyczącego umowy o dzieło, z mocy wyraźnego odesłania z art. 656 § 1 Kc), tym bardziej, gdyby w warunkach zamówienia określono wymagania w zakresie „osób zdolnych do należytego wykonania zamówienia" (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp). Stosownie do art. 636 § 1 Kc, jeśli wykonawca wykonuje powierzone roboty w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin, a po bezskutecznym jego upływie może odstąpić od umowy.

Z art. 647^1 § 2 Kc. wynika, że o zgodę zamawiającego inwestora strony umowy o podwykonawstwo mogą ubiegać się z góry, równolegle z jej zawarciem, a nawet *ex post* po jej zawarciu. Brak bowiem podstaw do wyłączenia zastosowania art. 63 § 1 Kc w części dotyczącej potwierdzenia przez osobę trzecią złożonych już przez strony zawierające umowę oświadczeń. Wybór chwili udzielenia zgody nie wpływa na zabezpieczenie zapłaty na rzecz podwykonawcy ani na granice odpowiedzialności. Zgoda inwestora może być zakomunikowana którejkolwiek ze stron, zwłaszcza tej, która o nią wystąpiła.

Konsekwencje wynikające z ustawy o terminach zapłaty (w ciągu 30 dni od przedłożenia faktury pod rygorem odsetek) nasuwają potrzebę rozważenia wzbogacenia umowy z generalnym wykonawcą o klauzulę obciążającą go obowiązkiem rozliczenia się z podwykonawcą jeszcze przed przedstawieniem zamawiającemu inwestorowi obiektu budowlanego (jego części) do odbioru, co powinno być dodatkowym warunkiem wymagalności tego odbioru.

3.1.25.3. Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2006 roku, sygn. akt III CZP 36/2006

Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna[102]
z dnia 28 czerwca 2006 r.
III CZP 36/2006

1. Skuteczność zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o wykonanie zadań wchodzących w zakres umowy o roboty budowlane wymaga przedstawienia mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu oraz odpowiedniej dokumentacji.

2. Zapłata wykonawcy wynagrodzenia nie wyłącza odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy na podstawie art. 647[1] § 5 kc.

SSN Jacek Gudowski (przewodniczący)
SSN Teresa Bielska-Sobkiewicz
SSN Zbigniew Strus (sprawozdawca)
Protokolant Bożena Nowicka

Sąd Najwyższy w sprawie z powództwa A. sp. z o.o. w W. przeciwko Gminie K. o zapłatę, po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 28 czerwca 2006 r., zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Apelacyjny w Rzeszowie postanowieniem z dnia 17 marca 2006 r.,

„I. Czy dla skutecznego wyrażenia przez inwestora zgody na wykonanie części robót przez podwykonawcę zgodnie z art. 647[1] § 2 kc konieczne jest przedstawienie przez wykonawcę umowy lub projektu umowy z podwykonawcą, czy też zgoda taka może być udzielona jeszcze przed zawarciem umowy także w sposób dorozumiany,

II. w przypadku odpowiedzi pozytywnej na pytanie I, czy inwestor poniesie odpowiedzialność wobec podwykonawcy także wówczas, gdy zapłacił wykonawcy całą należność (wraz z wynagrodzeniem podwykonawcy)?"

podjął uchwałę.

Z uzasadnienia

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Sąd Apelacyjny przedstawiając zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu, uzasadnił swoje wątpliwości:

- nieprzejrzystością regulacji, polegającą na zastrzeżeniu formy pisemnej umowy między wykonawcą a podwykonawcą - pod rygorem nieważności (art. 647[1] § 4 kc) oraz milczącym wyrażeniu zgody wg art. 647[1] § 2 zdanie drugie kc,
- ograniczeniem zarzutów inwestora w stosunku do podwykonawców,
- potrzebą wykładni art. 647[1] § 2, odnośnie do konieczności przedstawienia umowy lub jej projektu inwestorowi oraz formy oświadczenia wyrażającego zgodę,
- potrzebą wykładni art. 647[1] § 5 kc ze względu na dolegliwość skutku, tj. obowiązku zapłaty podwykonawcy mimo rozliczenia się z wykonawcą.

Zagadnienie prawne zostało przedstawione w dwóch punktach. Pierwszy dotyczy zgody inwestora na wykonanie części robót przez podwykonawcę, a drugi - zawiera pytanie ewentualne o utrzymywanie się odpowiedzialności inwestora powstałej na skutek wyrażenia zgody, o której mowa w pytaniu pierwszym, mimo zapłacenia wykonawcy całej należności *„wraz z wynagrodzeniem podwykonawcy"* . Tekst postanowienia wraz z uzasadnieniem, dotyczącego przepisu budzącego żywą dyskusję w piśmiennictwie prawniczym i krytykę, którego wykładnia ujawnia wiele wątpliwości, jest również zredagowany w zawiły sposób. Z punktu pierwszego postanowienia wynika, że zagadnienie obejmuje: obowiązek przedstawienia przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, dopuszczalność udzielenia zgody poprzedzającej umowę z podwykonawcą oraz możliwość jej zawarcia w sposób dorozumiany. Redagując tę część postanowienia Sąd Apelacyjny sformułował ją w

[102] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2006 r., sygn. akt III CZP 36/2006, publ. LexPolonica

postaci alternatywy - jakby przedstawienie przez wykonawcę umowy lub jej projektu pozostawało w opozycji do udzielenia zgody przed zawarciem umowy a ponadto ten drugi człon uzupełnił zastrzeżeniem *„także w sposób dorozumiany”* , co sugerowałoby istnienie następnej alternatywy wymagającej rozstrzygnięcia: przedstawienie umowy (projektu) albo zgoda dorozumiana. Rozstrzygnięcie w punkcie drugim sąd uzależnił od udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie, z tym że nie wyjaśnił, czy twierdząca odpowiedź miałaby dotyczyć wszystkich, czy tylko niektórych członów alternatywy. Rysujących się wątpliwości co do granic zagadnienia prawnego wymagającego rozstrzygnięcia nie wyjaśnia uzasadnienie postanowienia nieprzedstawiające okoliczności faktycznych ustalonych dotychczas lub wymagających rozważenia i ustalenia w postępowaniu apelacyjnym. Dlatego uchwała Sądu Najwyższego dotyczy zagadnień prawnych sformułowanych jednoznacznie i przedstawionych do rozstrzygnięcia a nie do uzupełnienia (por. w tym przedmiocie uzasadnienie postanowienia SN w składzie siedmiu sędziów z 22 września 2004 r. III CZP 25/2004 OSNC 2005/7-8 poz. 146).

Formułując zagadnienie prawne Sąd Apelacyjny przedmiotem badania uczynił skuteczność zgody inwestora, w czym zawarta jest ocena właściwości jego oświadczenia, zgodna z powszechną wykładnią art. 63 kc przyjmującą bezskuteczność czynności dokonanej bez wymaganej zgody. Już na wstępie rodzi się wątpliwość o zakres tej skuteczności, ponieważ prima facie można twierdzić, że w każdym wypadku umowa między wykonawcą a podwykonawcą jest nieskuteczna bez zgody inwestora. Jednakże literalna wykładnia art. 647[1] § 1 kc jest nieuzasadniona. Skuteczność zgody inwestora winna być oceniana w związku z celem nowelizacji przepisów tytułu XVI Kodeksu cywilnego (*„umowa o roboty budowlane”*) dokonanej w art. 1 pkt 35 ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. (Dz. U. 2003 r. Nr 49 poz. 408), zmieniającej Kodeks cywilny z dniem 24 kwietnia 2003 r. Cel ten przedstawiono w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks cywilny (druk sejmowy IV kadencji nr 888). Z wymienionego dokumentu oraz sprawozdania z debaty poselskiej wynika, że regulacja miała zapobiegać zjawisku bezprawnego zatrzymywania przez wykonawców wynagrodzenia należnego podwykonawcom - zwłaszcza małym przedsiębiorcom. Istotę jej wyraża zatem art. 647[1] § 5 kc stanowiący, że zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Dokonany zabieg legislacyjny jest odstępstwem od zasady prawa zobowiązań określającej skuteczność zobowiązań umownych tylko między stronami i został poddany krytyce w literaturze przedmiotu. W orzecznictwie sądów powszechnych nie brak jego ujemnych ocen, czego przykładem jest również uzasadnienie postanowienia o przedstawieniu zagadnienia prawnego do rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie. Najdalej idące zastrzeżenia dotyczą wręcz niezgodności analizowanego przepisu art. 647[1] kc z przepisami Konstytucji, gdy wskazuje się brak racjonalnego uzasadnienia dla obciążenia osób trzecich (inwestorów) odpowiedzialnością za skutki umowy między wykonawcą a podwykonawcą, naruszenie zasady równości podmiotów gospodarczych, zasady proporcjonalności między zamierzonym celem a zastosowanymi środkami i tym samym nieuwzględnienia wartości, zasad lub norm konstytucyjnych.

Egzemplifikacją takich zarzutów są przewidywane lub rzeczywiste zdarzenia wskazujące na obciążenie inwestorów, ponoszących przecież ryzyko i koszt inwestycji, obowiązkiem pokrywania kosztów niegospodarności swoich kontrahentów bądź ich złej woli np. zmowy z podwykonawcą.

Nie można odmówić zasadności tym zastrzeżeniom i obawom, jednak dyrektywa wykładni sądowej *„w zgodzie z Konstytucją”* nakazuje wpierw poszukiwanie w przepisie art. 647[1] kc oraz innych przepisach mających zastosowanie skutecznych środków chroniących również usprawiedliwiony interes inwestora. W razie ich istnienia odpada (także w tej sprawie) konieczność przedstawienia Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego, co do zgodności tej części aktu normatywnego z przepisami Konstytucji dotyczącymi równości wobec prawa (art. 33 ust. 1), równej ochrony praw majątkowych (art. 64 ust. 2) lub ograniczania wolności działalności gospodarczej (art. 22). Nie ma jednak wątpliwości co do wyjątkowości przepisów art. 647[1] kc prowadzących do osiągnięcia celu realizowanego przez § 5, tj. solidarnej odpowiedzialności wykonawcy oraz inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy, nawet jeśli ten drugi nie jest związany z

podwykonawcą żadną umową. Przesłanką tej surowej odpowiedzialności (niesubsydiarnej) ciążącej na osobie trzeciej za cudzy dług jest przede wszystkim niezapłacenie wynagrodzenia za wykonane dzieło lub usługi przez zobowiązanego umownie, tj. wykonawcę. Konstrukcja taka, co do zasady, jest znana obowiązującemu systemowi prawnemu (np. art. 95 § 1 lub art. 299 § 1 ksh, art. 41 kro, art. 107 108 Ordynacji podatkowej), gdy ważne przyczyny usprawiedliwiają odpowiedzialność powstającą z mocy prawa ze względu na sytuację prawną obciążonego, a nie z jego woli wyrażonej np. w czynności prawnej.

W stosunkach cywilnoprawnych odpowiedzialność taka (ex lege) ma charakter wyjątkowy i nie może mieć charakteru daniny publicznej, ta bowiem podlega ścisłym ograniczeniom wywodzonym z art. 217 Konstytucji. Przeciwnie, unormowanie art. 299 ksh najbliższe omawianemu, ze względu na cywilnoprawny charakter stosunku prawnego, wskazuje, że odpowiedzialność osoby trzeciej wymaga odpowiedniego jej zachowania się. Wykładnia art. 647[1] kc powinna zatem prowadzić do odpowiedzi, czy uzasadnione są wątpliwości i zarzuty absolutyzujące obawę wielokrotnej odpowiedzialności inwestora za wykonanie tych samych zadań wchodzących w skład robót budowlanych zamówionych u wykonawcy (generalnego wykonawcy). Treść przepisu prowadzi do wniosku, że mimo nieprzejrzystej legislacji inwestor nie został pozbawiony niezbędnego minimum ochrony. Już w § 1 znajduje się ograniczenie swobody wykonawcy co do skorzystania z usług podwykonawcy. Gdyby nawet przyjąć, że doszło do zmiany reguły wynikającej z art. 356 § 1 kc, do czego brak dostatecznej podstawy, gdyż zgoda inwestora powoduje tylko skutek w zakresie jego odpowiedzialności wobec pomocników, to bez oświadczenia woli lub upływu terminu 14 dni odpowiedzialność ta nie powstanie. Dlatego można uznać, że zgoda inwestora (art. 63 kc) jest wymagana dla ochrony jego interesu, której prawne środki zawiera art. 647[1] § 2 kc. Wykładnia tego przepisu winna zatem wskazywać na szczegółowe warunki, których spełnienie usprawiedliwia obciążenie inwestora odpowiedzialnością jako skutkiem zgodnym z jego wolą. Przepis ten ma charakter kategoryczny ujawniający się przy porównaniu z § 1. Brak zgody na etapie podpisywania umowy z wykonawcą nie wyklucza zatrudnienia podwykonawcy w razie ujawnienia się takiej potrzeby w toku inwestycji, ale spełnienie wówczas przez wykonawcę wymagań określonych w § 2 stanowi wyłączny materialnoprawny środek ochrony interesu inwestora i usprawiedliwienie dla ewentualnego obciążenia go odpowiedzialnością.

Przesłanki uzyskania zgody zapewniającej jej skuteczność, ocenianą pod kątem § 5, są następujące:

1. Wykonawca obowiązany jest *„przedstawić”* inwestorowi umowę z podwykonawcą lub jej projekt. Ustawa posługuje się zwrotem bogatszym znaczeniowo a nie np. *„doręczeniem”* , dlatego sformułowanie to wymaga takiej treści oświadczenia woli wykonawcy, które nie budzi wątpliwości odnośnie do celu złożenia umowy (projektu). Praktyka wskazuje bowiem, że realizacja poważnej inwestycji pociąga za sobą przepływ między inwestorem a wykonawcą ogromnych ilości dokumentów rozmaitego przeznaczenia, których pilność i znaczenie są zróżnicowane. Nie sposób uznać, że przedstawienie, czyli zakomunikowanie, dokumentów takich jak umowa z podwykonawcą, mogłoby nie określać intencji składającego i nastąpić w innej formie niż pisemna.

2. Po wtóre, wykonawca obowiązany jest dołączyć część dokumentacji dotyczącej wykonania robót powierzanych podwykonawcy. Nie można zgodzić się z zapatrywaniami, że jest to wymaganie nieistotne, gdyż inwestor dysponuje całością dokumentacji technicznej i ekonomicznej. Właśnie to wymaganie potwierdza ochronną funkcję przepisu § 2. Współczesna dokumentacja dużej inwestycji - jak wiadomo powszechnie - składa się z wielu tomów opracowań urbanistycznych, projektowych i ekonomicznych. Konwencjonalny język umów może nie oddawać wszystkich przesłanek niezbędnych do oceny wieloaspektowego ryzyka powierzenia przez wykonawcę innemu podmiotowi realizacji zadań wchodzących w zakres inwestycji. Ponadto wchodzi w grę element czasu ze względu na krótki termin 14 dni do podjęcia decyzji odnośnie do udzielenia zgody, stąd świadoma zgoda obejmująca ryzyko zapłaty (§ 5) musi opierać się na pełnym rozeznaniu przesłanek faktycznych.

Uproszczeniem problemu były głosy w toku debaty sejmowej minimalizujące ryzyko inwestora sugestiami o możliwości majątkowego ubezpieczenia się inwestora. W rzeczywistości jego cel

gospodarczy zamyka się w odbiorze obiektu (art. 647 kc) a nie w grze wokół zmniejszenia swej odpowiedzialności wobec osób trzecich, z którymi nie łączyła go umowa. Ubezpieczenia podnoszą koszty inwestycji, co w końcowym efekcie odbija się na ogół na konsumentach. Nie można również poprzestać na konstatacji, że inwestor może wyrazić sprzeciw wobec żądania zgody, skoro złożoność procesu inwestycyjnego i ryzyko zdarzeń nieprzewidzianych wymusza niejednokrotnie wybór między zgodą na podwykonawstwo a ryzykiem nieterminowego zakończenia inwestycji. Przy finansowaniu kredytowym niesie to ze sobą poważne zagrożenia finansowe. Niepożądanym zjawiskiem byłoby też wycofywanie się inwestorów z nowoczesnej formy inwestycji polegającej na zlecaniu organizacji skomplikowanego zadania techniczno-ekonomicznego generalnemu wykonawcy. Tworzenie przez inwestorów własnych biur inwestycyjnych w obawie przed obciążeniem wielokrotną odpowiedzialnością za te same zadania na podstawie okoliczności trudnych do weryfikacji w toku budowy obniżałoby poziom życia gospodarczego i cofało je do form już przebrzmiałych.

3. Dopuszczalność przedstawienia przez wykonawcę projektu umowy wskazuje, że zgoda inwestora może być udzielona z góry. Nie ma więc także podstaw aby wyłączyć stosowanie art. 63 § 1 kc w części dotyczącej potwierdzenia złożonego już oświadczenia (zawarcia umowy o podwykonawstwo). W jednym, jak i drugim przypadku warunkiem zgody jest jednak spełnienie przez wykonawcę wymagań przewidzianych w art. 647[1] § 2 kc.

4. Ponieważ ustawa przewiduje dla umowy między wykonawcą a podwykonawcą formę pisemną i rygor nieważności (art. 647[1] § 4) również oświadczenie inwestora obejmujące jego zgodę powinno być, stosownie do art. 63 § 2 kc, złożone w tej samej formie. Stan potencjalny wyrażenia zgody na piśmie trwa przez cały okres 14 dni od chwili przedstawienia żądania wykonawcy. Dopiero po upływie wskazanego okresu ma zastosowanie konstrukcja zgody dorozumianej oparta na domniemaniu (*„uważa się”*). Domniemanie to może być obalone np. w razie wykazania, że nie doszło do przedstawienia umowy lub jej projektu oraz odpowiedniej części dokumentacji. Skuteczność zgody osoby trzeciej o tak doniosłych skutkach wymaga rozpoznania jej następstw, dlatego wymaga warunków do pełnego i szczegółowego rozeznania jej postanowień podmiotowych i przedmiotowych.

Treść art. 647[1] § 2 kc, dopuszczającego wyraźnie żądanie zgody przed zawarciem umowy (w fazie istnienia jej projektu), nie wskazuje na istnienie poważnych wątpliwości w tym przedmiocie, skoro twierdząca odpowiedź nasuwa się na podstawie wykładni językowej, tym bardziej, że wybór chwili jej udzielenia nie wpływa na zabezpieczenie zapłaty podwykonawcy ani na możliwość określenia granic podmiotowych i przedmiotowych ewentualnej odpowiedzialności inwestora oraz sposobu zabezpieczenia przed kilkukrotną zapłatą za te same roboty.

Jeśli chodzi o podniesiony problem zgody dorozumianej, to brak w postanowieniu należytej konkretyzacji stanu faktycznego przyjmowanego (nawet hipotetycznie) za podstawę subsumcji oraz alternatywne ujęcie pytania w stosunku do zgody udzielonej przed zawarciem umowy, jak i w stosunku do obowiązku przedstawienia umowy lub jej projektu wraz z dokumentacją, uniemożliwia sformułowanie rozstrzygnięcia. Należy pamiętać, że zakres abstrakcji pytania przedstawianego na podstawie art. 390 § 1 kpc jest ograniczony wymaganiem istnienia związku zagadnienia prawnego z rozstrzyganą sprawą. Z przepisu wynika wprost, że uchwała może być podjęta odnośnie do wątpliwości powstałych przy rozpoznawaniu apelacji. Konieczność istnienia związku między wątpliwościami prawnymi a rozstrzygnięciem środka odwoławczego jest potwierdzona ograniczeniem mocy wiążącej uchwały do rozpoznawanej sprawy.

Wykładnia art. 647[1] § 2 kc pozwala jednak wnioskować również o takim sposobie wyrażenia woli w przedmiocie zgody. Z dotychczasowych rozważań wynika zasadnicze znaczenie przedstawienia inwestorowi umowy lub projektu. Dopełnienie tej czynności jest warunkiem prawnym powstania odpowiedzialności na podstawie art. 647[1] § 5 kc i broni unormowanie przed zarzutem nieusprawiedliwionego przerzucenia obowiązku świadczenia na podmiot niebędący stroną czynności prawnej stanowiącej podstawę zobowiązania. Po doręczeniu inwestorowi tekstu umowy lub jej projektu, oświadczenia inwestora podlegają ustawowo uregulowanej formie pisemnej.

Odnośnie do sprzeciwu lub zastrzeżeń (inwestora) wynika to z art. 647[1] § 2 zd. drugiego kc, natomiast formę zgody (oświadczenia pozytywnego) reguluje art. 63 § 2 kc dotyczący wszystkich

wariantów wymienionych w art. 63 § 1 kc. Inwestor nie ma więc w tym okresie możliwości skutecznego wyrażenia swej woli w inny sposób, a po upływie terminu 14 dni skutki milczenia określa również ustawa. Te same reguły należy stosować do zgody uprzedzającej zawarcie umowy, tj. w razie przedstawienia projektu umowy, oraz do zgody udzielanej po jej zawarciu (potwierdzenia). W razie nieprzedstawienia, przy żądaniu zgody inwestora, umowy lub jej projektu oraz części dokumentacji, skutki wynikające z jej zawarcia również w zakresie zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy obowiązują tylko inter partes natomiast nie powstaje odpowiedzialność solidarna inwestora na podstawie art. 647[1] § 5 kc.

Odmienny pogląd, dopuszczający ustalanie istnienia zgody bez uprzedniego spełnienia wymogów określonych w § 2 przy żądaniu złożenia oświadczenia osoby trzeciej stanowiłby okazję do prób wyłudzenia świadczenia od podmiotu niebędącego stroną umowy i prowadziło do zbędnych konfliktów. Nie mogło to być zgodne z wolą ustawodawcy na co wskazuje nakaz określania z góry przedmiotu robót przewidywanych dla podwykonawców (art. 647[1] § 1 kc) a przede wszystkim wymagania zawarte w § 2, jako środki równoważące sytuację prawną inwestora oraz beneficjentów jego zgody. Zabezpieczenie zapłaty wynagrodzeń podwykonawcom przez inwestora bez obowiązku spełnienia przez wykonawcę wymagań określonych w art. 647[1] kc może być dokonane na podstawie innych czynności prawnych np. przystąpienia do długu lub jego przejęcia, poręczenia, zabezpieczenia osobistego lub rzeczowego. Wówczas jednak źródłem zobowiązania będzie jego oświadczenie woli dotyczące warunków przedmiotowo istotnych a nie zachowanie osób trzecich.

Drugie pytanie dotyczące utrzymywania się odpowiedzialności inwestora mimo zapłaty dokonanej na rzecz wykonawcy Sąd Apelacyjny uzależnił od twierdzącej odpowiedzi na pierwsze pytanie. Zastrzeżenie to było zbędne, ponieważ jest oczywiste, że przyczyny wygaśnięcia odpowiedzialności inwestora mogą dotyczyć tylko odpowiedzialności istniejącej, a więc powstałej po spełnieniu wymagań określonych w § 2. Nie wracając zatem do rozważania wszystkich wariantów znaczeniowych pytania sformułowanego w punkcie I, do którego odwołano się w punkcie II, Sąd Najwyższy uznał, że wątpliwość sądu II instancji dotyczy możliwości kilkakrotnego obciążenia inwestora obowiązkiem zapłaty za tę samą robotę, oraz że wymaga ona rozstrzygnięcia.

Odpowiedzialność inwestora - solidarna z mocy wyraźnego przepisu (art. 647[1] § 5 w związku z art. 369 kc) utrzymuje się aż do zaspokojenia wierzyciela - w tym wypadku podwykonawcy (art. 366 § 2 kc). W związku z zastrzeżeniem Sądu Apelacyjnego o wypłaceniu wykonawcy całej należności (wraz z wynagrodzeniem podwykonawcy) wymaga podkreślenia, że mimo tej samej przyczyny gospodarczej zapłaty wynagrodzenia wykonawcy i podwykonawcy, tj. wykonania określonego zadania wchodzącego w skład robót budowlanych, odpowiedzialność inwestora wobec wykonawcy i wobec podwykonawcy wynika z dwóch różnych zobowiązań. Zastrzeżenia doktrynalne podważające prawidłowość zastosowania konstrukcji solidarności dłużników nie mogą podważyć sformułowania wynikającego z § 5, a przewidziany w art. 369 kc tryb powstawania węzła solidarnej odpowiedzialności dłużników nie może być poddany kontroli sądowej ani konstytucyjnej. Wskazany wyżej skutek solidarności dłużników nie pozwala stwierdzić braku podstaw do zwolnienia się inwestora od odpowiedzialności na podstawie zarzutu, że zaspokoił wykonawcę, tj. wierzyciela z innego stosunku zobowiązaniowego. Ustawodawca przyjął widocznie, że roszczenie regresowe (art. 376 kc) stanowi odpowiedni środek wyrównywania ewentualnego uszczerbku wynikającego z podwójnej zapłaty za to samo zadanie. Założenie takie może się okazać nietrafne w razie upadłości lub zawarcia układu korzystnego dla wykonawcy, co wskazuje na konieczność wykładni art. 647[1] § 2 kc uwzględniającej ochronę interesu inwestora w fazie podejmowania decyzji o wyrażeniu zgody na umowę z podwykonawcą.

Przytoczone rozważania uzasadniają podjęcie na podstawie art. 390 § 1 kpc uchwały sformułowanej na wstępie.

3.1.26. Pełnomocnictwo

Kolejnym dokumentem, których Komisja Przetargowa może żądać jest pełnomocnictwo do podpisania oferty i innych czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli oferty nie podpisuje(ą) czy innych czynności nie wykonuje(ą) osoba(y) wymienione w dokumencie rejestrowym. Z uwagi na to, że fakt udzielenia pełnomocnictwa nie jest odnotowywany w Krajowym Rejestrze Sądowym, Komisja Przetargowa winna żądać dołączenia do oferty pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo jako jednostronne oświadczenie woli mocodawcy, na mocy którego pełnomocnik staje się upoważniony do działania w jego imieniu. Sprawy pełnomocnictwa regulują przepisy Kodeksu cywilnego:

Art. 95. § 1. Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela.

§ 2. Czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego.

Art. 96. Umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego **(pełnomocnictwo).**

Art. 97 Osobą czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługiwania publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa.

Art. 98 Pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu. Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo do poszczególnej czynności.

Art. 99 § 1 Jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

§ 2 Pełnomocnictwo ogólne powinno być pod rygorem nieważności udzielone na piśmie.

Art.103 § 1 Jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres , ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta.

§ 2 Druga strona może wyznaczyć osobie, w której imieniu umowa została zawarta, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy; staje się ona wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu.

§ 3 W braku potwierdzenia ten, kto zawarł umowę w cudzym imieniu, obowiązany jest do zwrotu tego, co otrzymał od drugiej strony w wykonaniu umowy, oraz do naprawienia szkody, którą strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o braku umocowania lub przekroczeniu jego zakresu.

Art.104 **Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepis o zawarciu umowy bez umocowania.**

Z uwagi na fakt, że **ustawa** nakłada na wykonawcę obowiązek sporządzenia oferty na piśmie, również pełnomocnictwo winno być sporządzone na piśmie. Podpisanie oferty przez osobę(y) nie wymienioną(e) w dokumencie rejestrowym skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie **art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy** jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (Kc).

3.1.27. Oznakowanie ofert

Przygotowując SIWZ, Komisja przetargowa powinna pamiętać o zamieszczeniu w niej informacji dla wykonawcy o sposobie oznakowania składanych ofert. Dla przykładu w SIWZ powinien znaleźć się następujący zapis:
Ofertę należy złożyć w zamkniętej kopercie, zapieczętowanej w sposób gwarantujący zachowanie poufności jej treści oraz zabezpieczającej jej nienaruszalność do terminu otwarcia ofert.
Opakowanie winno być oznaczone nazwą (firmą) i adresem wykonawcy, zaadresowane do zamawiającego na adres:

ZARZĄD POWIATU PABIANICKIEGO
ul. Piłsudskiego 2
95 -200 PABIANICE

oraz zawierać sformułowanie:

OFERTA
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
na
„ .....”
przeprowadzanego w trybie .....
Nie otwierać przed godz. ..... w dniu ..... r.

3.1.28. Przygotowanie i zatwierdzanie treści SIWZ

Ostateczny projekt SIWZ przygotowuje Komisja Przetargowa. Komisja Przetargowa winna uzyskać pozytywną opinię radcy prawnego dotyczącą wzoru umowy, potwierdzoną stosownym zapisem i pieczątką oraz podpisem radcy prawnego.
W przypadku zamówienia na roboty budowlane integralną częścią SIWZ jest kompletna dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych lub program funkcjonalno – użytkowy.
Przy przygotowaniu SIWZ Komisja Przetargowa powinna prawidłowo określić sposób przygotowania oferty przez wykonawcę. Pojęcie oferty jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego (**art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego**). **Przez ofertę rozumie się oświadczenie woli jednej strony skierowane do drugiej strony, które zawiera propozycję zawarcia umowy i określa istotne jej postanowienia.** Natomiast według słownika języka polskiego **załącznik to dokument, pismo dołączone do innego dokumentu, stanowiące zwykle jego uzupełnienie.** Biorąc pod uwagę powyższe, Komisja Przetargowa powinna w SIWZ określić, że oferta powinna być złożona na formularzu oferty wraz z innymi dokumentami wymaganymi przez zamawiającego. Formularz oferty i pozostałe dokumenty powinny być sporządzone przez wykonawcę według wzorów przygotowanych przez Zamawiającego.
Treść SIWZ podlega zatwierdzeniu przez Pełnomocnika. Wraz ze SIWZ Komisja Przetargowa przekazuje Pełnomocnikowi:
1) protokół z posiedzenia Komisji, na którym przyjęta została SIWZ,
2) „Notatkę służbową” ustalającą wartość szacunkową zamówienia, wraz z niezbędnymi dokumentami na podstawie których została ustalona wartość szacunkowa zamówienia,
3) „Wniosek o ustalenie trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”,
4) projekt ogłoszenia,
5) Zawiadomienie do Prezesa UZP, jeżeli jest ono wymagane.
Cenę sprzedaży SIWZ ustala Komisja Przetargowa biorąc pod uwagę ilość stron (wraz z załącznikami). Opłatę za SIWZ pobiera się wyłącznie w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego. Ponadto nie pobiera się opłaty za SIWZ liczącą do 10 stron łącznie z załącznikami.
Cena specyfikacji do 20 stron - 10,00 zł

Cena specyfikacji od 20 do 50 stron - 20,00 zł
Cena specyfikacji od 50 do 100 stron - 40,00 zł
Cena specyfikacji powyżej 100 stron - 50,00 zł

W przypadku większej ilości stron SIWZ, cenę ustala Zarząd Powiatu na wniosek Komisji Przetargowej zaopiniowany przez Pełnomocnika.
Rachunki dotyczące sprzedaży SIWZ wystawia Sekretarz Komisji Przetargowej.

3.2. Postanowienia ustawy dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w poszczególnych trybach

3.2.1. Przetarg nieograniczony

Zgodnie z **art. 36 ustawy** SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego musi zawierać co najmniej postanowienia w nim zawarte. Oznacza to, iż zamawiający winien w SIWZ bezwzględnie opisać wszystkie informacje wymagane w tym artykule. Jeżeli np. zamawiający nie przewiduje zamówień uzupełniających, winien w SIWZ zawrzeć następującą informację: „ Zamawiający nie przewiduje zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust.1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy ”.
W postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, SIWZ może nie zawierać następujących informacji **(art. 36 ust.3 ustawy**):
- wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- wymagań dotyczących wadium,
- wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

SIWZ zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznym albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert (**art. 42 ust.1 ustawy**).
Na wniosek wykonawcy zamawiający przekazuje w terminie 5 dni SIWZ. Wyłącznie w przetargu nieograniczonym, zamawiający może żądać opłaty za SIWZ, która może pokrywać wyłącznie koszty jej druku oraz przekazania (**art. 42 ust. 2 ustawy)**.

3.2.2. Przetarg ograniczony

SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego musi zawierać wszystkie informacje wymagane w przetargu nieograniczonym z wyjątkiem (**art. 51 ust. 4 ustawy)**:
- opisu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków,
- wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, SIWZ może nie zawierać następujących informacji **(art. 36 ust.3 ustawy**):
- wymagań dotyczących wadium,
- wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

SIWZ zamawiający przekazuje wykonawcy wraz z zaproszeniem do składania ofert (**art. 51 ust. 4**).

3.2.3. Negocjacje z ogłoszeniem

SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem musi zawierać wszystkie informacje wymagane w przetargu nieograniczonym z wyjątkiem (**art. 57 ust. 5 ustawy)**:

- opisu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków,
- wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.
- terminu związania ofertą,
- miejsca oraz terminu składania i otwarcia ofert.

W postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, SIWZ może nie zawierać następujących informacji **(art. 36 ust.3 ustawy**):
SIWZ w negocjacjach bez ogłoszenia musi zawierać wszystkie informacje wymagane w przetargu nieograniczonym z wyjątkiem (**art. 64 ust. 3 ustawy**):
SIWZ zamawiający przekazuje wykonawcy wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych (**art. 57 ust. 5 ustawy**).

3.2.4 Dialog konkurencyjny

SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnym musi zawierać wszystkie informacje wymagane w przetargu nieograniczonym z wyjątkiem (**art. 60e ust. 3 ustawy**):
- opisu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków,
- wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, SIWZ może nie zawierać następujących informacji **(art. 36 ust.3 ustawy**):
- wymagań dotyczących wadium,
- wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

SIWZ zamawiający przekazuje wykonawcy wraz z zaproszeniem do dialogu, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu (**art. 60e ust. 3 ustawy**).

3.2.5. Negocjacje bez ogłoszenia

SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia musi zawierać wszystkie informacje wymagane w przetargu nieograniczonym z wyjątkiem (**art. 64 ust. 3 ustawy**):
- opisu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków,

W postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, SIWZ może nie zawierać następujących informacji **(art. 36 ust.3 ustawy**):
- wymagań dotyczących wadium,
- wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

SIWZ zamawiający przekazuje wykonawcy wraz z zaproszeniem do składania ofert (**art. 64 ust. 3 ustawy**).

3.2.6. Zamówienie z wolnej ręki

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzanego w trybie zamówienia z wolnej ręki, stosownie do postanowień **art. 68 ust.1 ustawy,** zamawiający wraz z zaproszeniem do negocjacji przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Zdanie drugie **art. 68 ust.1**

ustawy stanowi, że przepisów **art. 36 ust.1 – 3** nie stosuje się. Natomiast zdanie trzecie tegoż artykułu stanowi, że przepisy **art. 36 ust. 4 -5** stosuje się odpowiednio.
Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia **ustawy**, wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający powinien przekazać wykonawcy następujące informacje:

1. Nazwa zamawiającego,
2. Tryb zamówienia i podstawa jego zastosowania,
3. Przedmiot zamówienia,
4. Termin realizacji zamówienia,
5. Termin negocjacji,
6. Miejsce negocjacji,
7. Wskazanie przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie powierza podwykonawcom,
8. Wskazanie przez zamawiającego, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom,
9. Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy,
10. Opis warunków udziału w postępowaniu,
11. Wykaz dokumentów lub oświadczeń, jakie ma dostarczyć wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
12. Opis sposobu przygotowania dokumentów,
13. Forma porozumiewania się z zamawiającym,
14. Osoby upoważnione do kontaktu z wykonawcą.

3.2.7. Zapytanie o cenę

SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zapytania o cenę musi zawierać wszystkie informacje wymagane w przetargu nieograniczonym z wyjątkiem (**art. 71 ust. 2 ustawy**):
- wymagań dotyczących wadium,
- wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

SIWZ zamawiający przekazuje wykonawcy wraz z zaproszeniem do składania ofert (**art. 71 ust.2 ustawy**).

3.2.8. Licytacja elektroniczna

Do licytacji elektronicznej nie stosuje się przepisów **art. 36 ustawy**, a więc nie zachodzi konieczność sporządzenia i przekazywania SIWZ (**art. 81 ustawy**).

4. POZOSTAŁE CZYNNOŚCI KOMISJI PRZETARGOWEJ W PRZYGOTOWANIU POSTĘPOWANIA

4.1.Sprzedaż SIWZ

Sekretarz Komisji odnotowuje sprzedaż lub wysyłkę SIWZ, zapisując dane adresowe kupującego oraz nazwisko osoby przedstawiciela firmy. Rejestru sprzedanych lub wysłanych SIWZ odnotowuje się na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 25**. W przypadku zamówienia na SIWZ przesłanego pocztą, faksem lub pocztą elektroniczną, fakt ten odnotowuje się w rejestrze, załączając jednocześnie stosowne pismo wykonawcy.

4.2.Złożenie informacji o wadium do Wydziału Finansowego

Komisja Przetargowa informuje Wydział Finansowy Starostwa o ogłoszeniu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz o ustalonej wysokości wadium i dopuszczonych w SIWZ formach i terminie jej wniesienia przez wykonawców. Informację sporządza się na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 26**. Dokument ten przygotowuje Sekretarz Komisji a podpisuje Przewodniczący Komisji Przetargowej.

4.3.Udzielanie informacji wykonawcom, zebranie wykonawców

Istotnym uprawnieniem wykonawców jest możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, ale na co najmniej 6 dni przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem przeprowadzanych w trybie pilnym – co najmniej 4 dni przed terminem składania ofert. W przypadku zgłoszenia zapytań co do treści SIWZ, Komisja Przetargowa niezwłocznie udziela wyjaśnień. Otrzymane zapytania należy załączyć do dokumentacji postępowania. Treść wyjaśnień przesyła wszystkim wykonawcom, którym doręczono SIWZ bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli SIWZ udostępniana jest na stronie internetowej zamieszcza na tej stronie. Odpowiedź dla wykonawcy, który zwrócił się o wyjaśnienie sporządza się na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 27** a pozostałym wykonawcom na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 27a**. Do dokumentacji postępowania należy dołączyć „zwrotne poświadczenie odbioru" potwierdzające fakt przesłania wyjaśnień. Projekt treści wyjaśnień przygotowuje Sekretarz Komisji a po zaakceptowaniu przez Komisję Przetargową zatwierdza i podpisuje Pełnomocnik. Jeżeli SIWZ jest udostępniana na stronie internetowej, Sekretarz Komisji treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamieszcza na tej stronie.
Jeżeli zachodzi taka potrzeba, Komisja Przetargowa może zgodnie z postanowieniami **art. 38 ust. 3 ustawy** zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści SIWZ. Zaproszenie na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 27b** przygotowuje Sekretarz Komisji i przedkłada je do podpisu Pełnomocnikowi. Jeżeli SIWZ jest udostępniania na stronie internetowej, informację o terminie zebrania Sekretarz Komisji zamieszcza także na tej stronie. Z zebrania wykonawców sporządza się informację zawierającą zgłoszone na zebraniu zapytania o wyjaśnienie treści SIWZ oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację przygotowuje Sekretarz Komisji Przetargowej na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 27c** a podpisuje Pełnomocnik. Informację z zebrania doręcza się niezwłocznie wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a jeżeli SIWZ jest udostępniania na stronie internetowej, zamieszcza się także na tej stronie. Czynności te wykonuje Sekretarz Komisji.

4.4. Modyfikacja SIWZ

W szczególnie uzasadnionych przypadkach Komisja Przetargowa może w każdym czasie, przed upływem terminu do składania ofert, zmodyfikować SIWZ. Dokonaną w ten sposób modyfikację Komisja Przetargowa niezwłocznie przekazuje wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ a jeżeli SIWZ jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza się także na tej stronie(**art. 38 ust. 4 ustawy**).
Modyfikacja treści SIWZ nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, a także warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania (**art. 38 ust. 5 ustawy**). Zakaz ten jest bezwzględny i dotyczy wszystkich trybów udzielania zamówienia, w których sporządzana jest specyfikacja.
Zamawiający przedłuża termin składania ofert, jeżeli w wyniku modyfikacji SIWZ niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zamian w ofertach, z tym że jeżeli wartość jest równa lub przekracza progi unijne, termin przedłuża się co najmniej o 7 dni (**art. 38 ust. 6 ustawy**).
Informację o modyfikacji SIWZ i o przedłużeniu terminu składania ofert przygotowuje Komisja Przetargowa na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 28**. Informację akceptuje i podpisuje Pełnomocnik. O przedłużeniu terminu składania ofert zamawiający niezwłocznie zawiadamia wszystkich wykonawców, którym przekazano SIWZ, a jeżeli SIWZ jest udostępniana na stronie

internetowej, zamieszcza tę informację na tej stronie (**art. 38 ust. 7 ustawy**). Czynności te wykonuje Sekretarz Komisji.

4.5.Przyjmowanie ofert

Oferty przyjmuje Sekretarz Komisji Przetargowej. Przyjęcie oferty odnotowuje się w rejestrze na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 29**. Na kopercie zewnętrznej złożonej oferty Sekretarz Komisji Przetargowej dokonuje odcisku pieczęci z datownikiem oraz odnotowuje godzinę przyjęcia oferty. Ponadto Sekretarz Komisji Przetargowej nadaje numer kolejny przyjętej oferty według kolejności wpływu i wydaje dowód przyjęcia oferty na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 30.** Sekretarz Komisji Przetargowej przyjmuje również oferty nadesłane pocztą lub przesyłką kurierską. Tryb postępowania jest taki sam, jak w przypadku przyjęcia oferty złożonej bezpośrednio przez wykonawcę. Niedopuszczalne jest przyjmowanie ofert przez Kancelarię Biura Zarządu Powiatu.

4.6.Przygotowanie druków dokumentacji postępowania

Druki dokumentów niezbędnych w danym rodzaju postępowania przygotowuje Sekretarz Komisji Przetargowej, w szczególności zapewniając odpowiednią ilość druków protokołu postępowania wraz z załącznikami. Druki należy opieczętować pieczątką Zarządu Powiatu i nanieść na nich znak sprawy zgodnie z „Instrukcją Kancelaryjną" i „Regulaminem Organizacyjnym Starostwa Powiatowego w Pabianicach".

4.7. Inne czynności Komisji Przetargowej

Zadania Komisji Przetargowej zostały określone w odrębnej Uchwale Zarządu

4. 8. Przyjmowanie wadium

Wadium wykonawca zgodnie z postanowieniami SIWZ wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca na wskazane konto bankowe a w innych formach wykonawca **oryginał dokumentu zabezpieczenia oferty wadium deponuje w kasie Starostwa a poświadczoną kserokopię załącza do oferty**. Pismo o informacji o wysokości wadium i form w jakich ma być ono wnoszone przygotowuje Sekretarz Komisji Przetargowej. Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje podpisane pismo Naczelnikowi Wydziału Finansowego Starostwa **zgodnie z postanowieniami pkt 4.2.**

IV. INFORMACJA O WYNIKACH OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW, ZAPROSZENIE DO NEGOCJACJI, ZAPROSZENIE DO SKŁADANIA OFERT WSTĘPNYCH I OFERT

1. PRZETARG OGRANICZONY

Wykonawcy w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. Wraz z wnioskiem wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty (**art. 50 ustawy**). Sekretarz Komisji Przetargowej wraz z ogłoszeniem zamieszcza na stronie internetowej Powiatu Pabianickiego druk wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 31** oraz druk oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 16.**
Po złożeniu wniosków przez wykonawców na publiczne ogłoszenie o zamówieniu o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, Komisja Przetargowa niezwłocznie dokonuje oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Po dokonaniu tej oceny Komisja niezwłocznie przygotowuje na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 32** informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach. Informację tą niezwłocznie przekazuje wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (**art. 51 ust.1a ustawy**).Następnie Komisja Przetargowa przygotowuje projekt listy wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, w liczbie uprzednio zatwierdzonej przez Pełnomocnika. Projekt listy wykonawców Komisja Przetargowa przygotowuje na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 33.** Ponadto Komisja przygotowuje projekt zaproszenia do składania ofert **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 34 .** Wszystkie formularze wymienione powyżej wymagają zatwierdzenia i podpisania przez Pełnomocnika.

2. NEGOCJACJE Z OGŁOSZENIEM

Wykonawcy w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu składają wnioski o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem . Wraz z wnioskiem wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty (**art. 50 w związku z art. 56 ust. 2 ustawy**). Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na stronie internetowej Powiatu Pabianickiego wraz z ogłoszeniem druk wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 35** oraz druk oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 16.**
Po złożeniu wniosków przez wykonawców na publiczne ogłoszenie o zamówieniu o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem, Komisja Przetargowa niezwłocznie dokonuje oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Po dokonaniu oceny Komisja niezwłocznie przygotowuje na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 36** informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Informację tę niezwłocznie przekazuje wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (**art. 57 ust.1 ustawy**).Następnie Komisja Przetargowa przygotowuje projekt listy wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, w liczbie uprzednio zatwierdzonej przez Pełnomocnika. Projekt listy wykonawców Komisja Przetargowa przygotowuje na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 37.** Ponadto Komisja przygotowuje projekt zaproszenia do składania ofert wstępnych **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 38.** Po złożeniu przez wykonawców ofert wstępnych, Komisja Przetargowa zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu (**art. 58 ust.1**

ustawy). Zaproszenie do negocjacji Komisja sporządza na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 39.** Po zakończeniu negocjacji Komisja Przetargowa może doprecyzować lub uzupełnić SIWZ wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji (**art. 59 ust.1 ustawy**). Zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, do składania ofert (**art. 60 ust.1 ustawy**). Stosowne zaproszenie przygotowuje Komisja Przetargowa na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 40.** Wszystkie formularze wymienione powyżej wymagają zatwierdzenia i podpisania przez Pełnomocnika.

3. DIALOG KONKURENCYJNY

Wykonawcy w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu składają wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu. Wraz z wnioskiem wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty (**art. 50 w związku z art. 60c ust. 2 ustawy**). Sekretarz Komisji Przetargowej zamieszcza na stronie internetowej Powiatu Pabianickiego wraz z ogłoszeniem druk wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 41** oraz druk oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 16.**
Po złożeniu wniosków przez wykonawców na publiczne ogłoszenie o zamówieniu o dopuszczenie do udziału w dialogu, Komisja Przetargowa niezwłocznie dokonuje oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Po dokonaniu tej oceny Komisja niezwłocznie przygotowuje na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 42** informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Informację tą niezwłocznie przekazuje wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (**art. 60d ust.1 ustawy**).Następnie Komisja Przetargowa przygotowuje projekt listy wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, którzy zostaną zaproszeni do dialogu, w liczbie uprzednio zatwierdzonej przez Pełnomocnika. Projekt listy wykonawców Komisja Przetargowa przygotowuje na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 43.** Ponadto Komisja przygotowuje projekt zaproszenia do dialogu **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 44.** Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców (**art. 60e ust. ustawy**). Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu (**art. 60e ust.2 ustawy**). **Z**amawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził dialog, do składania ofert (**art. 60e ust.3 ustawy**). Stosowne zaproszenie przygotowuje Komisja Przetargowa na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 45.** Wszystkie formularze wymienione powyżej wymagają zatwierdzenia i podpisania przez Pełnomocnika.

4. NEGCJACJE BEZ OGŁOSZENIA

Komisja Przetargowa przygotowuje **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 46**, projekt listy wykonawców wraz z uzasadnieniem, którym zostanie przekazane zaproszenie do negocjacji, w liczbie uprzednio zatwierdzonej przez Pełnomocnika. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji (**art. 63 ust.1 ustawy**). Komisja przygotowuje projekt zaproszenia do negocjacji **na formularzu zgodnym treścią załącznika Nr 47.** Stosownie do postanowień **art. 60 ust.1 ustawy** w związku z **art. 65 ustawy** zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje do składania ofert. Komisja Przetargowa przygotowuje zaproszenie do składania ofert **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 48** i przedkłada je do zatwierdzenia i podpisu Pełnomocnikowi.

5. ZAMÓWIENIE Z WOLNEJ RĘKI

Komisja Przetargowa sporządza zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 49.** Zaproszenie wymaga akceptacji i podpisu Pełnomocnika.
Z przeprowadzonych negocjacji Komisja Przetargowa sporządza **„Protokół z przeprowadzonych negocjacji"** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 50.**

6. ZAPYTANIE O CENĘ

Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5 (**art. 71 ust. 1** ustawy). Projekt listy wykonawców wraz z uzasadnieniem, którym zostanie przesłane zaproszenie do składania ofert, w liczbie uprzednio zatwierdzonej przez Pełnomocnika, Komisja Przetargowa przygotowuje **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 51.** Po zatwierdzeniu przez Pełnomocnika listy wykonawców, Komisja przygotowuje projekt zaproszenia do składania ofert **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 52** i przedkłada go do zatwierdzenia i podpisu Pełnomocnikowi.

7. DYNAMICZNY SYSTEM ZAKUPÓW

W celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcy mogą składać oferty orientacyjne, przez cały okres trwania dynamicznego systemu zakupów (**art. 105 ust.1ustawy**). Wraz z ofertą orientacyjną wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty. Zamawiający dokonuje oceny oferty orientacyjnej w terminie nie dłuższym niż 15 dni od dnia jej otrzymania (**art. 105 ust. 4 ustawy**). Zamawiający informuje niezwłocznie wykonawcę o dopuszczeniu albo o odmowie dopuszczenia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (**art. 105 ust. 5 ustawy**). Projekt tej informacji Komisja **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 53** i przedkłada go do zatwierdzenia i podpisu Pełnomocnikowi. Sekretarz Komisji zamieszcza zatwierdzoną informację na stronie internetowej Powiatu Pabianickiego.
Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz na stronie internetowej uproszczone ogłoszenie o zamówieniu (**art. 106 ust.1 ustawy**). Komisja Przetargowa sporządza uproszczone ogłoszeniu o zamówieniu **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 54,** które akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.
W odpowiedzi na uproszczone ogłoszenie o zamówieniu wykonawca, który dotychczas nie był dopuszczony do udziału w dynamicznym systemie zakupów, składa ofertę orientacyjną w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, nie krótszym **niż 15 dni** od dnia zamieszczenia tego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (**art. 107 ust.1 ustawy**). Zamawiający niezwłocznie dokonuje oceny ofert orientacyjnych. Niezwłocznie po jej zakończeniu zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zapraszając do składania ofert wszystkich wykonawców dopuszczonych do tego systemu (**art. 108 ust.1 ustawy**).Projekt zaproszenia do składania ofert przygotowuje Komisja Przetargowa **na formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 55** i przedkłada go do zatwierdzenia i podpisu Pełnomocnikowi.

V. OTWARCIE I OCENA OFERT

1. OTWARCIE OFERT – CZĘŚĆ JAWNA

Komisja Przetargowa **dokonuje publicznego otwarcia ofert w dniu i godzinie określonych w ogłoszeniu i SIWZ.** Sekretarz Komisji przedkłada do podpisu przedstawicielom wykonawców obecnym na otwarciu ofert „**Listę obecności przedstawicieli wykonawcy podczas publicznego otwarcia ofert**" na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 56.** Listę obecności załącza się do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Przed otwarciem ofert, Przewodniczący Komisji zarządza sprawdzenie czy :

1) wszystkie oferty wpłynęły w terminie określonym w ogłoszeniu i SIWZ,
2) czy koperty z ofertami nie zostały naruszone ,
3) czy zostało wniesione wadium i w jakiej formie (w tej sprawie Komisja zasięga informacji z Wydziału Finansowego).

Komisja odsyła nie otwarte oferty oferentom , którzy :

1) nie wpłacili / wnieśli wadium ,
2) wycofali swoje oferty w sposób zgodny z ustawą i SIWZ ,

Komisja ofertę złożoną po terminie zwraca po upływie terminu na wniesienie protestu.
Bezpośrednio przed otwarciem ofert **Przewodniczący Komisji podaje kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.** Powyższe zobowiązanie wynika z **art. 83 ust. 3 ustawy** wielokrotnie utożsamiane jest z koniecznością unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy podana przed otwarciem ofert kwota jest niższa niż cena najkorzystniejszej oferty. Tymczasem katalog przesłanek obligujących zamawiającego do unieważnienia postępowania został zawarty w **art. 93 ust. 1 ustawy.** Wskazany artykuł nie zawiera przesłanki skutkującej unieważnieniem postępowania w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający **zamierza przeznaczyć** na sfinansowanie zamówienia. We wspomnianym katalogu znajduje się zobowiązanie do unieważnienia postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający **może przeznaczyć** na sfinansowanie zamówienia (**art. 93 ust.1 pkt 4**). Pomimo pozornego podobieństwa treść **art. 86 ust. 2 ustawy** nie jest tożsamy z treścią **art. 93 ust.1 pkt 4**, który zobowiązuje do unieważnienia postępowania.
Zwrot „zamierza przeznaczyć" nie może być zrównany ze zwrotem „może przeznaczyć". Kwota jaką zamawiający **zamierza przeznaczyć** na sfinansowanie zamówienia nie może być niższa niż wartość zamówienia oszacowana z należytą starannością plus podatek od towarów i usług VAT. Z reguły kwota ta jest równa, lub niewiele wyższa, od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia (z podatkiem VAT).
Natomiast kwota, jaką zamawiający **może przeznaczyć** na realizację zamówienia, oznacza maksimum możliwości finansowych zamawiającego w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia i w większości przypadków wynika np. z planu finansowego zamawiającego.Za dopuszczalne, w świetle obowiązujących przepisów, uznaje się aby kwota jaką zamawiający **może przeznaczyć** na zrealizowanie zamówienia **była wyższa** od kwoty jaką zamawiający **zamierza przeznaczyć** na sfinansowanie danego zamówienia publicznego.
Po otwarciu każdej z ofert, Przewodniczący Komisji ogłasza :

1) nazwę i siedzibę wykonawcy,
2) cenę oferty,
3) terminu wykonania zamówienia publicznego,
4) okresu gwarancji,
5) warunków płatności.

Szczegółowe czynności Komisji podczas części jawnej określa odrębna Uchwała Zarządu. Zgodnie z **art. 86 ust. 5 ustawy**, Komisja Przetargowa przekazuje niezwłocznie powyższe informacje wykonawcom, którzy nie byli obecni przy otwarciu ofert, **na ich wniosek**. Informacje na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 57** przygotowuje Sekretarz Komisji Przetargowej i przedkłada do

podpisu Pełnomocnikowi. Po podpisaniu przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji przesyła dokument wykonawcą, którzy złożyli stosowny wniosek.

1.1. Składanie oświadczeń przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu

Ustawa w **art. 17 ust. 2** stanowi, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenia na druku **ZP- 11** o braku lub istnieniu okoliczności ich wyłączenia z postępowania. Zgodnie z tym przepisem do złożenia oświadczeń zobowiązane są wszystkie osoby, które wykonują jakiekolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (np. ustalają wartość szacunkową zamówienia, pracownicy zamawiającego przygotowujący kosztorys inwestorski), bez względu na charakter ich dalszego udziału w postępowaniu (np. jako członka Komisji Przetargowej). Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu w przypadku zaistnienia jednej z okoliczności wymienionych w **art. 17 ust.1 ustawy**. Czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach wyłączenia, powtarza się z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, że poszczególne osoby włączają się do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w różnych okresach postępowania, Sekretarz Komisji na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 58** prowadzi wykaz osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z zaznaczeniem daty rozpoczęcia i zakończenia wykonywania czynności oraz daty złożenia oświadczenia na druku **ZP –11.**

1.1.1.Oświadczenia o okolicznościach wyłączających z postępowania

Zgodnie z **art. 17 ust.2 ustawy** osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składają pod rygorem odpowiedzialności karnej zeznania, pisemne oświadczenia (**druk ZP-11**) o braku lub istnieniu okoliczności, w związku, z którymi podlegałyby wyłączeniu z postępowania. Spotkałem się z sytuacja, gdy wymagano złożenia oświadczenia na **druku ZP - 11** przez: **Skarbnika jednostki samorządu terytorialnego**. Czy takie postępowanie jest właściwe? Skarbnik dokonuje kontrasygnaty na umowie w sprawie zamówienia publicznego, która zostanie zawarta w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty. W omawianym przypadku skarbnik nie uczestniczył w pracach komisji przetargowej, swój podpis składa, co najmniej po 7 dniach od zatwierdzenia wyboru oferty. Obowiązek dokonania kontrasygnaty przez skarbnika wynika z ustaw ustrojowych (art. 46 ust ust. 3 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym[103], art. 48 ust. 3 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym[104] - art. 57 ust. 3 ustawy z 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa[105]) Jednocześnie skarbnik dokonuje wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym zgodnie z art. 45 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych.[106] Jak z powyższego wynika czynności, które wykonał Skarbnik wynikają z ustaw ustrojowych oraz z ustawy o finansach publicznych, natomiast czynności te nie są wykonywane na podstawie ustawy. Pracownika Wydziału Finansowego jst, który zgodnie z ustalonymi wewnętrznymi procedurami kontroli finansowej w jednostce (art. 47 ust.3 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych), w ramach kontroli wstępnej na wewnętrznym dokumencie jednostki (**tzw. Karta wydatku**) potwierdza zabezpieczenie środków w aktualnie obowiązującym planie finansowym oraz w harmonogramie dochodów i wydatków na zadanie

[103] Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.
[104] Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 z późn. zm.
[105] Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 z późn. zm.
[106] Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.

będące przedmiotem zamówienia publicznego. Czynność ta jest wykonywana przed wszczęciem postępowania przez Komisję przetargową.
W związku z tym zastanawiamy się, czy słusznym jest wymaganie złożenia oświadczenia na **druku ZP-11** przez skarbnika oraz pracownika Wydziału Finansowego skoro:

- w postępowaniu o udzielenie zamówienia Skarbnik nie wykonywał żadnych czynności, dokonuje kontrasygnaty w terminie, conajmniej po 7 dniach od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty,
- Skarbnik wykonując obowiązki kontroli finansowej bada zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym,
- na umowie Skarbnik potwierdza pozycje planu finansowego, w którym ujęte jest dane zadanie,
- kontrola Skarbnika w żadnym zakresie niema wpływu na wybór wykonawcy w wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- pracownik Wydziału Finansowego, który potwierdza zabezpieczenie środków zgodnie z ustalonymi wewnętrznymi procedurami kontroli finansowej w jednostce (art. 47 ust. 3 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych), nie bierze udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- skarbnik oraz pracownik Wydziału Finansowego w opisanych przypadkach wykonują czynności przed wszczęciem postępowania oraz po zatwierdzeniu postępowania, natomiast **ust 1 art. 17 ustawy** dotyczy tylko osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia?

W myśl **art. 17 ust. 2 ustawy** pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w **art. 17 ust. 1 ustawy**, składają „osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego". Do kręgu takich osób przynależą wyłącznie osoby, które wykonywały czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia od momentu jego wszczęcia do chwili jego zakończenia. Nie będą zatem składały oświadczenia osoby, które przygotowywały postępowanie lub które wykonywały czynności mające związek z postępowaniem po jego zakończeniu (tj. po zatwierdzeniu protokołu w sprawie zamówienia publicznego). Wniosek taki można również wysnuć z brzmienia **art. 20 ust. 2 ustawy**, który wprowadza dychotomiczny podział czynności związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia na „czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia" i „czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia". Zgodnie z tym przepisem „Kierownik zamawiającego może 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." W rezultacie ani pracownik Wydziału Finansowego, który potwierdza zabezpieczenie środków zgodnie z ustalonymi wewnętrznymi procedurami kontroli finansowej w jednostce (art. 47 ust.3 ustawy z 30 czerwca 2005 r. r. o finansach publicznych), ani Skarbnik, który dokonuje kontrasygnaty na umowie w sprawie zamówienia publicznego, co najmniej po 7 dniach od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie są „osobami wykonującymi czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego", i tym samym nie składają oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy.

2. OCENA OFERT – CZĘŚĆ NIEJAWNA

2.1.1. Pojęcie oferty[107]

Na ofertę składają się wyłącznie dokumenty świadczące o sposobie wykonania zamówienia, a nie dokumenty, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Co winniśmy rozumieć pod pojęciem oferty? Zapewne wielu spośród uczestników systemu zamówień

[107] Partyka Mariusz, *Pojęcie oferty*, „Przetargi Publiczne" Nr 5 (6) maj 2006, s. 30 – 33.

publicznych zadawało lub nadal zadaje sobie to pytanie. Odpowiedź na nie jest decydująca dla prawidłowej interpretacji przepisów **ustawy** oraz aktów wykonawczych. Gdzie tej odpowiedzi szukać? Jeżeli będziemy poszukiwać definicji, nie znajdziemy jej ani w słowniczku ustawowym, ani w żadnym innym przepisie ustawy. Takiej definicji prawodawca nie wprowadził. Możemy natomiast odnieść się do Kodeksu cywilnego bądź też pojęcie oferty wywieść pośrednio z **Pzp,** przede wszystkim z przepisów dotyczących składania ofert, oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert oraz zawarcia umowy.
Ponieważ **Pzp** nie reguluje bezpośrednio pojęcia oferty, w pierwszej kolejności nasuwa się myśl, aby w oparciu o normę **art. 14 Pzp** stwierdzić, iż oferta to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, zawierające istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 Kc). Przepis ten z pewnością znajdzie zastosowanie w przypadku ofert składanych w trybie prawa zamówień publicznych. W samej ustawie normy prawne inaczej regulujące tę kwestię znajdziemy tylko w przypadku zamówienia z wolnej ręki, aukcji elektronicznej oraz konkursu ofert.
Szereg przepisów Kc związanych ze składaniem i pojęciem oferty również nie znajdzie tutaj zastosowania, bowiem **Pzp** zawiera stosowne regulacje w tym zakresie (głównie będą to: art. 66 § 2, art. 682, art. 67, art. 70 czy 701-705 Kc).
W szczególności inaczej w Kc wygląda kwestia zawarcia umowy w wyniku złożenia oferty. Zgodnie z art. 70 § 1 Kc w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia ojej przyjęciu, a jeżeli nie jest to wymagane - w chwili przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy. W **Pzp** wygląda to inaczej: następuje wybór oferty jako odrębna czynność zamawiającego, a następnie zawarcie umowy jako czynność kolejna. Jak wiemy, w zamówieniach publicznych umowa nie zostaje zawarta tylko poprzez zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Do zawarcia umowy ustawa wymaga jeszcze innych czynności, w tym także „odczekania" siedmiu dni oraz sporządzenia umowy pisemnej, w której zakres świadczenia wykonawcy będzie identyczny z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jak widać, oprócz stwierdzenia, iż oferta stanowi oświadczenie woli zawierające istotne postanowienia przyszłej umowy, "ogromna większość kwestii związanych ze składaniem ofert jest w Pzp regulowana inaczej niż w Kc.
Jak już stwierdziłem, w **ustawie** nie znajdziemy definicji oferty, jednakże możemy przyjrzeć się przepisom, które mniej lub bardziej bezpośrednio o niej mówią. Patrząc na sprawę systemowo możliwe są dwie koncepcje.
-Koncepcja pierwsza - ofertą są zarówno dokumenty świadczące o tym, w jaki sposób zamówienie będzie realizowane (oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie), ale również dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (być może nawet inne dokumenty, np. potwierdzenie wniesienia wadium czy oświadczenie w trybie **art. 22 ust. 1 ustawy**). Fakt, że nie zgadzam się z tą koncepcją oraz staram się wykazać, iż nie jest słuszna, nie znaczy, że jest ona zupełnie pozbawiona podstaw. W szczególności proponuję zapoznanie się z uchwałą Sądu Najwyższego, w której wypowiada się on w kwestii oferty przy okazji rozstrzygania innej sprawy, o czym dalej.
-Koncepcja druga - na ofertę składają się wyłącznie dokumenty świadczące o sposobie wykonania zamówienia (czyli elementy przyszłej umowy - cena, sposób i termin wykonania zamówienia eta), a więc oferta w rozumieniu art. 66 § 1 Kc. Tę koncepcję uważam za słuszną. Zgodnie z nią oferta nie zawiera dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków ani innych dokumentów, których nie można uznać za element oświadczenia woli wykonawcy.
Przede wszystkim zwróćmy uwagę, że ustawodawca wielokrotnie rozróżnia samą ofertę od dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków. **Ustawa** wyróżnia powody wykluczenia wykonawcy (**art. 24 ustawy**) - są to powody podmiotowe, w żaden sposób niezwiązane z ofertą. Powody odrzucenia oferty natomiast (**art. 89 ustawy**) wiążą się wyłącznie z warunkami wykonania umowy, a więc odpowiadają definicji z art. 66 § 1 Kc. Wyjątkiem jest tutaj pkt 5, gdzie odrzucenie następuje wówczas, gdy oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do

składania ofert. Muszę jednak zauważyć, że koncepcja odrzucania oferty wykonawcy wykluczonego to koncepcja w piśmiennictwie dość kontrowersyjna. Potraktujmy więc pkt 5 wyłącznie jako wyjątek od reguły.
Gdyby uznać, że w skład oferty wchodzą również dokumenty potwierdzające spełnianie warunków podmiotowych, nastąpiłoby swego rodzaju powielenie. Zachodziłaby podstawa wykluczenia z powodu niespełnienia warunku i jednocześnie z powodu niezgodności z SIWZ. Byłoby to założenie z gruntu prowadzące donikąd, bowiem w przypadku wykluczenia nie rozpatrywalibyśmy nigdy kolejnych powodów odrzucenia. Nie można zakładać nielogiczności prawodawcy i dlatego na tym poprzestańmy.
Czy w przypadku ofert częściowych wykonawcy składają, a zamawiający wymagają złożenia na każdy z zakresów dokumentów na potwierdzenie warunków? Są takie sytuacje, gdy różne zakresy wymagają postawienia różnych warunków. Jednak generalnie-przy takich samych warunkach - nie. Nie żądamy przecież, aby w przypadku kilkuset pakietów lekowych wykonawca powielił dla nas kilkaset razy odpis z KRS lub KRK. Natomiast na każdy z pakietów otrzymujemy bez wątpienia odrębną ofertę cenową.
Dla zwolenników czysto praktycznego podejścia: odpowiedzmy sobie na pewne czysto akademickie pytanie. Gdyby wykonawca złożył zamawiającemu wyłącznie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków, a nie złożył razem z nimi tego, co moim zdaniem świadczy o samej ofercie, tj. propozycji ceny i sposobu wykonania zamówienia - to uznalibyśmy to za złożenie oferty? Czy otrzymując w kopercie wyłącznie odpis z KRS czy zaświadczenia z ZUS możemy uznać je za ofertę? Moim zdaniem, nie.
Jak napisałem powyżej, większość przepisów Kc nie ma zastosowania do koncepcji oferty w zamówieniach publicznych. Nie jest również słuszna koncepcja obejmowania pojęciem oferty dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków, a tym bardziej wszystkich dokumentów, znajdujących się w kopercie, którą wykonawcy tytułują wielkim napisem „Oferta". Co więc pozostaje?
Nie mam wątpliwości, że art. 66 § 1 i Kc ma zastosowanie do **ustawy**. Kwestia ta nie została uregulowana w ustawie, a więc na mocy **art. 14 ustawy** stosujemy Kodeks cywilny. Nie będzie miał już zastosowania § 2 art. 66, bowiem termin związania ofertą został w **Pzp** uregulowany odmiennie. Pozostałe przepisy Kc omawianej tematyki nie dotyczą, więc nie będę ich tutaj przywoływał. Istotna jest może jeszcze jedna kwestia. Kodeks cywilny stanowi, iż umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu, a jeżeli dojście do składającego ofertę oświadczenia ojej przyjęciu nie jest wymagane - w chwili przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy. **Pzp** natomiast przewiduje zupełnie inny mechanizm zawarcia umowy. Tutaj wybór oferty nie jest jednoznaczny z zawarciem umowy. Do jej zawarcia konieczne jest wykonanie pewnych czynności dodatkowych: zawiadomienie o wyborze, upływ 7-dniowego terminu, zawarcie umowy z autorem najkorzystniejszej oferty jako odrębna czynność prawna, do której wcale nie musi dojść.
Generalnie w ustawie cała konstrukcja wyboru oferty i zawarcia umowy jest zbliżona bardziej do konstrukcji umowy przedwstępnej niż oferty w rozumieniu kodeksu cywilnego. Jak widać nie ma podstaw, aby ofertę utożsamiać z całością dokumentów, które wykonawca umieścił w kopercie.
Przeanalizujmy jeszcze najważniejsze przepisy ustawy. Przepisy **Pzp**, jakkolwiek nie zawierają szczegółowego wyjaśnienia, jak należy rozumieć ofertę, ale mniej lub bardziej bezpośrednio wskazują na to, co w ofercie winno się znajdować.
Podstawowe znaczenie ma tutaj **art. 44 ustawy**: „Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty".
Jak widzimy, ustawa ewidentnie rozróżnia ofertę od dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, a także od oświadczenia w trybie **art. 22 ust. 1 ustawy**. Jeśli **ustawa** rozróżnia te dokumenty, powinniśmy rozróżniać je i my.

Gdy mówimy o 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.
Proszę zwrócić uwagę, że treść przepisu w żadnym razie nie wskazuje, że oferta zawiera cokolwiek innego poza tym, co określono w art. 66 § 1 Kc. Zwróćmy uwagę na fakt. że gdyby oferta miała być rozumiana szeroko, przepis musiałby brzmieć zupełnie inaczej, np. tak:
„Gdy mówimy o najkorzystniejszej ofercie - należy przez to rozumieć ofertę z najniższą ceną albo ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, zawierającą wszystkie wymagane dokumenty świadczące o zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia" lub inaczej, byleby podkreślono, że oferta najkorzystniejsza zawierać musi te dokumenty. Dlaczego? Bowiem gdyby ustawodawca chciał, byśmy rozumieli ofertę szeroko, oferta najkorzystniejsza musiałaby zawierać wszystkie wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków podmiotowych. Gdyby ich nie zawierała - nie byłaby ofertą najkorzystniejszą, lecz ofertą odrzuconą, aczkolwiek teoretycznie mogłaby zawierać najniższą cenę, czy stosownie do przyjętych zasad oceny - najlepszy bilans ceny oraz innych kryteriów.
W **Pzp** mamy szereg trybów, w których wszystkie dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych składa się w pierwszym etapie, a oferty w drugim. Ustawa mówi w tych przypadkach wyraźnie, że w pierwszym etapie składa się wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w drugim składa się ofertę.
Art. 50 ustawy, który ma zastosowanie w negocjacjach z ogłoszeniem oraz w przetargu ograniczonym, stwierdza, iż: „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". W drugim etapie tych postępowań natomiast, jak mówi **Pzp**, zamawiający zaprasza do składania ofert. Gdyby ofertę należało rozumieć w sposób szeroki, ustawodawca winien był posłużyć się pojęciem oferty również w tych przypadkach, mówiąc np. o ofercie wstępnej i ostatecznej albo o ofercie składanej dwuetapowo, a nie - jak to ma miejsce obecnie - w przepisach **art. 51 i 59 ustawy.**
Jeżeli wykonawca złoży zamawiającemu dwa formularze cenowe, każdy z inną treścią, to zamawiający bez wątpienia uzna to za złożenie dwóch ofert. Czy jednak, gdy ten sam wykonawca złoży dwa odpisy z KRS, o różnej treści, to czy zamawiający uzna, że ten złożył dwie oferty?
Prawo a zwyczaj
Przyznam, że w związku z przyjętą koncepcją oferty pojawiły się u mnie również pewne wątpliwości, które musiałem sobie jakoś wyjaśnić.
Art. 96 ust. 3 ustawy mówi: „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". Zastosowanie wykładni gramatycznej prowadzi w sposób jednoznaczny do stwierdzenia, że oferty udostępniamy od chwili ich otwarcia, ale dokumenty na potwierdzenie warunków, jako że są to pozostałe załączniki do protokołu, dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania.
Tak mówi przepis. Jak wiemy jednak, zwyczaj jest zupełnie inny. Otóż, zdecydowana większość zamawiających udostępnia po otwarciu ofert nie tylko oferty sensu stricte, ale również dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków.
Mos pro lege (zwyczaj zastępuje prawo) - mawiali starożytni rzymianie. Jednakże w naszym porządku prawnym, jak mówi art. 87 Konstytucji RP: „Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia".
Zwyczaj w prawie polskim posiada doniosłość prawną jedynie o tyle, o ile powołuje się na niego konkretny przepis. W omawianym przypadku podstawa prawna udostępniania dokumentów potwierdzających warunki podmiotowe jest więc inna. W świetle opinii zawartej w komentarzu

do **ustawy**[108] tę podstawę prawną stanowi sam przepis **art. 96 ust. 3 ustawy**, który pozwala zamawiającemu udostępnić załączniki dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej nie zakazuje jednak ich udostępnienia wcześniej. Czytamy tam, iż: „Jawność protokołu przejawia się również w terminie jego udostępniania. Jego treść jest udostępniana już w trakcie sporządzania (na bieżąco). Oferty udostępnia su 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 najkorzystniejsze oferty. Przepis ten umożliwia zamawiającemu udostępnienie załączników dopiero po dokonaniu wyboru oferty, nie zakazując jednocześnie ich wcześniejszego udostępnienia z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców".
Biorąc pod uwagę powyższą opinię możemy stwierdzić, że zwyczaj dotyczący udostępniania również dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków przed zakończeniem postępowania nie jest sprzeczny z ustawą, a powiedziałbym nawet, że czasem zdecydowanie przyspiesza przeprowadzenie samej procedury.
Podejmując uchwałę dotyczącą udostępniania dokumentów (i ich jawności), Sąd Najwyższy niejako przy okazji wypowiedział się na temat oferty (uchwała SN z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Wątpliwości moje biorą się z tego, że wypowiedział się w sposób odmienny od prezentowanego przeze mnie poglądu.
Moim zdaniem, nie można zgodzić się z przyjętą w tej uchwale argumentacją. Pozwolę sobie zacytować stosowny fragment: „Zważyć bowiem należy, że z mocy **art. 82 ust. 3 Pzp** treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających z SIWZ było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 2 pkt 5 (wykazu wykonanych w ostatnich trzech latach usług) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oznacza to, że informacje te są elementem oferty w związku z treścią **art. 82 ust. 3 Pzp**. i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania".
Nie wiedzieć czemu sąd przyjął, że specyfikacja określa wyłącznie wymagania w stosunku do oferty. Oczywiście tak nie jest. Owszem, w obecnie obowiązującej **ustawie** nie ma już przepisu funkcjonującego w ustawie o zamówieniach publicznych, na podstawie którego wykluczano oferentów z powodu braku pieczątki na kopercie czy umieszczenia podpisu nie tam, gdzie zamawiający sobie życzył (był to art. 19 ust. 1 pkt 8 i brzmiał: „Z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się dostawców lub wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub nie spełnili innych wymagań określonych w ustawie, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania ofert, w szczególności nie wnieśli wadium"). Absolutnie nie można powiedzieć, iż SIWZ określa wyłącznie wymagania w stosunku do oferty. Przede wszystkim istnieje **art. 44 ustawy**, który wyróżnia ofertę oraz dokumenty składane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków. Patrząc na ustawę całościowo musimy dojść do wniosku, że specyfikacja zawiera zasadniczo trzy rodzaje informacji:

1. warunki, które musi spełnić sama oferta (np. opis przedmiotu zamówienia, opis sposobu obliczenia ceny, istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy),
2. warunki, które musi spełnić wykonawca (np. opis warunków udziału w postępowaniu, informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu),
3. informacje istotne wyłącznie z punktu widzenia prowadzonej procedury (jak np. tryb udzielenia zamówienia, informację o zamówieniach uzupełniających, informacje o sposobie

[108] Baehr Jerzy,Czajkowski red., Tomasz,Dzierżanowski Włodzimierz,Kwieciński Tomasz,Łysakowski Waldemar,*Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, UZP Warszawa 2004, s. 239

porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami, wymagania dotyczące wadium, opis kryteriów oceny ofert etc).

Konkluzja może być tylko jedna: jeżeli przejawem spełnienia wymagań wynikających z siwz było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej we wspomnianym § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, to bynajmniej nie oznacza to, że informacje te są elementem oferty w związku z **art. 82 ust. 3 Pzp**. Wręcz przeciwnie: oznacza tylko tyle, że w oparciu o art. 66 § 1 Kc w związku z **art. 24 ust. 2 pkt 3** oraz **art. 44 ustawy** informacje te są po prostu elementem dokumentacji potwierdzającej zdolność do wykonania zamówienia.

Pozostaję więc przy swoim zdaniu, twierdząc, iż oferta zawiera wyłącznie informacje wskazane w art. 66 § 1 Kc, przepisie, którego obowiązywanie w systemie zamówień publicznych nie może być kwestionowane: oferta to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, zawierające istotne postanowienia tej umowy.

Powyższe potwierdza również opinia wyrażona w komentarzu do ustawy[109] „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 ustawy**).

2.1.2.Forma i język oferty

Zgodnie z **art. 9 ust. 1 ustawy** , w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności. Definicję „formy pisemnej" zawiera art. 78 Kodeksu cywilnego. W myśl **art. 14 ustawy,** do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie zatem ze znajdującymi w tym miejscu zastosowanie przepisami Kodeksu cywilnego „ do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli" Zgodnie z § 2 tegoż artykułu „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".

W myśl **art. 82 ust. 2 ustawy** ustawodawca szczególnie podkreślił, iż oferta, pod rygorem nieważności, musi być złożona w formie pisemnej. Jako formę równorzędną, dopuścił złożenie oferty w formie elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy

[109] Baehr Jerzy,Czajkowski Tomasz red., Dzierżanowski Włodzimierz, Kwieciński Tomasz,Łysakowski, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz,* UZP Warszawa 2004 r., str. 216.

pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Ustawodawca wprowadził jednak pewne ograniczenia w stosunku do obowiązujących w tym zakresie postanowień Kodeksu cywilnego. Forma złożenia oferty w postaci elektronicznej dopuszczalna jest jedynie za zgodą zamawiającego. Tak więc prawo do złożenia oferty w formie elektronicznej zależy od wyrażenia zgody przez zamawiającego (w treści SIWZ). Z drugiej strony, przepis zawarty w **art. 82 ust. 2 ustawy,** ma charakter imperatywny. Zamawiający nie może zatem odstąpić ani zmieniać postanowień w nim zawartych, w szczególności nie może rozpatrzyć oferty złożonej bez zachowania formy pisemnej. Taka oferta podlega odrzuceniu (**art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy**).
Zgodnie z ustawą z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym[110] bezpieczny podpis elektroniczny to podpis elektroniczny, który:

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 jakakolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna.

Bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu wywołuje skutki prawne określone ustawą, jeżeli został złożony w okresie ważności tego certyfikatu. Bezpieczny podpis elektroniczny złożony w okresie zawieszenia kwalifikowanego certyfikatu wykorzystywanego do jego weryfikacji wywołuje skutki prawne z chwilą uchylenia tego zawieszenia. Dane w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu są równoważne pod względem skutków prawnych dokumentom opatrzonym podpisami własnoręcznymi, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej (w przypadku składania ofert w procedurze zamówień publicznych wymagana jest zgoda zamawiającego).
Zgodnie z **art. 9 ust. 2 ustawy** postępowanie prowadzi się w języku polskim. A zatem oferta musi być złożona w języku polskim. Wyjątek od tej zasady wprowadza **art. 9 ust. 3 ustawy,** który stanowi, że 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. A zatem możliwość złożenia oferty w innym języku zależy od wyraźnej zgody zamawiającego.

2.2.Liczba składanych ofert

Wykonawca zgodnie z **art. 82 ust. 1 ustawy,** może złożyć **tylko jedną ofertę.** W przypadku złożenia więcej niż jednej oferty, wszystkie oferty złożone przez tego samego wykonawcę muszą zostać odrzucone. Dotyczy to również sytuacji, gdy wykonawca składa wspólną ofertę (jest członkiem kilku konsorcjum lub składa zarówno ofertę samodzielną, jak i wspólnie z innymi wykonawcami). Warunek ten nie dotyczy podwykonawców, którzy mogą występować w kilku ofertach.
Zupełnym wyjątkiem jest możliwość złożenia **oferty dodatkowej**. Sytuację taką przewiduje **art. 91 ust. 5 ustawy** wtedy, gdy w postępowaniu, w którym jedynym kryterium jest cena złożono co najmniej dwie oferty z taką samą, najniższą ceną.
W sytuacji, gdy zamawiający dopuszcza składanie **ofert częściowych**, wykonawca winien podjąć decyzję co do liczby części, na które zamierza złożyć ofertę. Ze złożeniem oferty na większą liczbę części zamówienia wiąże się zwykle konieczność spełniania warunków związanych z poszczególnymi częściami. Jeśli chodzi o formalne warunki udziału w postępowaniu, to są one zwykle takie same, niezależnie od zakresu oferty i są one potwierdzane przy pomocy standardowych dokumentów. Jeśli

[110] Dz. U. Nr 130, poz.1450 z późn. zm.

chodzi natomiast o warunki materialne , to zamawiający może (powinien) określić warunki udziału w postępowaniu odrębnie dla każdej części, co oznacza konieczność wykazania łącznego spełniania wszystkich warunków odnoszących się do części, na które wykonawca składa ofertę. To samo dotyczy wadium: wykonawca składający ofertę na kilka części zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości odpowiadającej łącznej wartości wadiów przypisanych do poszczególnych części.
Zamawiający może (w pewnych sytuacjach powinien) nie tylko dopuścić składanie ofert częściowych, ale wymusić ich składanie określając **maksymalną liczbę części (art. 83 ust. 3 ustawy)**, na którą jeden wykonawca może złożyć ofertę. W takiej sytuacji wykonawca zdolny do zaoferowania realizacji wszystkich części zamówienia musi podjąć decyzję na jakie części złożyć ofertę.
Składając ofertę na kilka części zamówienia wykonawca powinien przedstawić oddzielnie informacje dotyczące poszczególnych części (przynajmniej w zakresie ceny – stosownie do wymagań zamawiającego), natomiast dokumenty podmiotowe składa albo wspólnie dla wszystkich części (formalne) albo dla każdej z osobna (część dokumentów materialnych – jeśli zamawiający stawia odrębne wymagania przed wykonawcami poszczególnych części).

2.3. Podpisanie oferty

Każda oferta powinna być podpisana własnoręcznie długopisem lub nieścieralnym atramentem przez osobę upoważnioną. Dokonanie oceny czy oferta i dokumenty złożone wraz z ofertą zostały prawidłowo podpisane jest jedną z najważniejszych czynności, jaką musi stwierdzić Komisja Przetargowa. Aby taka ocena była możliwa zamawiający winien pouczyć wykonawcę w jaki sposób winna być podpisana oferta. Aby bowiem złożenie oferty wywoływało skutki w niej określone, musi być podpisana przez osobę umocowaną do takiej czynności. Umocowanie do podpisania oferty może mieć kilka źródeł: może wynikać z ustawy – przedstawicielstwo ustawowe, statutu – tzw. przedstawicielstwo organizacyjne lub statutowe czy też czynności prawnej – pełnomocnictwo.
W tym miejscu należy przypomnieć najważniejsze unormowania dotyczące zasad reprezentacji przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółek. Kodeks spółek handlowych wyróżnia dwa podstawowe typy spółek:
1) spółki osobowe – do których zaliczamy : spółkę jawną, spółkę partnerską, spółkę komandytową oraz spółkę komandytowo – akcyjną,
2) spółki kapitałowe czyli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne.

Spółki osobowe – generalną zasadą jest, że w przypadku spółek osobowych prawo reprezentacji spółki należy do wspólnika.
Spółki kapitałowe – w przypadku spółek kapitałowych prawo reprezentacji ma zarząd.
Umowa spółki (statut) może w zakresie reprezentacji wprowadzić w stosunku do ogólnych zasad ustawowych pewne ograniczenia. Nie można jednak wprowadzić takich ograniczeń na jakie nie zezwala ustawa.
Spółka jawna. Kodeks spółek handlowych przesądza, że każdy wspólnik ma prawo reprezentować spółkę. Prawa reprezentowania spraw spółki nie można ograniczyć ze skutkiem wobec osób trzecich. Umowa spółki może przewidywać, że wspólnik jest pozbawiony prawa reprezentowania spółki albo że jest uprawniony do jej reprezentowania tylko łącznie z innym wspólnikiem lub prokurentem. Pozbawienie wspólnika prawa reprezentowania spółki może nastąpić wyłącznie z ważnych powodów na mocy prawomocnego orzeczenia sądu. Ustanowienie prokury wymaga zgody wszystkich wspólników mających prawo prowadzenia spraw spółki. Odwołać prokurę może każdy wspólnik mający prawo prowadzenia spraw spółki.
Spółka partnerska. Kodeks spółek handlowych stanowi, że każdy partner ma prawo reprezentować spółkę samodzielnie. Umowa spółki może przewidywać inny sposób reprezentacji, np. poprzez powołanie zarządu, bądź pozbawić partnera prawa reprezentacji spółki. Uchwała partnerów o pozbawieniu partnera prawa reprezentacji spółki musi być podjęta większością 3 / 4 głosów w obecności co najmniej 2 /3 ogólnej liczby partnerów. Umowa spółki może przewidywać w tym

względzie surowsze zasady. Pozbawienie partnera prawa reprezentacji jest skuteczne od chwili wpisu do KRS-u.

Spółka komandytowa. Kodeks spółek handlowych przesądza, że spółkę reprezentują komplementariusze, których z mocy umowy spółki albo prawomocnego orzeczenia sądu nie pozbawiono prawa reprezentowania spółki. Komandytariusz może reprezentować spółkę jedynie jako pełnomocnik. Jeżeli komandytariusz dokona w imieniu spółki czynności prawnej, nie ujawniając swojego pełnomocnictwa, odpowiada za skutki tej czynności wobec osób trzecich bez ograniczenia; dotyczy to także reprezentowania spółki przez komandytariusza, który nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres.

Spółka komandytowo – akcyjna. Kodeks spółek handlowych przesądza, że spółkę reprezentują komplementariusze, których z mocy statutu lub prawomocnego orzeczenia sądu nie pozbawiono prawa reprezentowania spółki. Późniejsze pozbawienie komplementariusza prawa reprezentowania spółki stanowi zmianę statutu spółki i wymaga zgody wszystkich pozostałych komplementariuszy. Akcjonariusz może reprezentować spółkę jedynie jako pełnomocnik. Jeżeli akcjonariusz dokona czynności prawnej w imieniu spółki nie ujawniając swojego pełnomocnictwa, odpowiada za skutki tej czynności wobec osób trzecich bez ograniczenia; dotyczy to także reprezentowania spółki przez akcjonariusza, który nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres.

Spółka z o.o. Kodeks spółek handlowych przesądza, że zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuję spółkę. Zarząd składa się z jednego albo większej liczby członków. Do zarządu mogą być powołane osoby spośród wspólników lub spoza ich grona. Prawo członka zarządu do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki. Prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich. Jeżeli zarząd jest wieloosobowy , sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

Spółka akcyjna. Kodeks spółek handlowych przesądza, że zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Zarząd składa się z jednego albo większej członków. Do zarządu mogą być powołane osoby spośród akcjonariuszy lub spoza ich grona. Członków zarządu powołuje i odwołuje rada nadzorcza, chyba że statut spółki stanowi inaczej. Członek zarządu może być odwołany lub zawieszony w czynnościach także przez walne zgromadzenie. Prawo członka zarządu do reprezentowania spółki dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki. Prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich. W przypadku zarządu wieloosobowego sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli statut nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Powołanie prokurenta wymaga zgody wszystkich członków zarządu. Odwołać prokurę może każdy członek zarządu.

Spółka cywilna, jest szczególnym typem spółki uregulowanym w przepisach Kodeksu cywilnego. Nie tworzy żadnej formy organizacyjno – prawnej, jest jedynie stosunkiem zobowiązaniowym wspólników – przedsiębiorców. Przez umowę spółki cywilnej przedsiębiorcy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki. Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki. W braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawomocniony do prowadzenia jej spraw. **Zawarcie umowy spółki cywilnej nie podlega ujawnieniu w Krajowym Rejestrze Sądowym.** Z uwagi na obecne regulacje ustawowe dotyczące spółki cywilnej większość „konsorcjów" zawiązywanych na potrzeby postępowań o zamówienie publiczne w istocie ma charakter spółek cywilnych. Każdy z przedsiębiorców działających na podstawie zawartej umowy

spółki cywilnej składając wspólną ofertę winien podpisać ją zgodnie ze swoimi zasadami reprezentacji.
Prokura. Prawo reprezentacji przedsiębiorcy mają również wpisani do rejestru prokurenci. Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców. Prokura powinna być pod rygorem nieważności udzielona na piśmie. Prokura obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Prokurentem może być osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Prokura może być udzielona kilku osobom oddzielnie lub łącznie. Prokury nie można przenieść; prokurent jednak może ustanowić pełnomocnika do poszczególnych czynności lub pewnego rodzaju czynności. Udzielenie i wygaśnięcie prokury przedsiębiorca powinien zgłosić celem wpisania do Krajowego rejestru Sądowego. Do zgłoszenia dołączyć należy skreślony wobec sądu albo uwierzytelniony notarialnie wzór podpisu prokurenta.
Pełnomocnictwo. Umocowanie do działania w cudzym imieniu opierające się na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo). W sytuacji gdy ofertę podpisuje pełnomocnik pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla wykonawcy.
Z uwagi na fakt, że odwrotnie niż w przypadku przedstawicielstwa ustawowego czy prokury fakt udzielenia pełnomocnictwa nie jest odnotowywany w Krajowym Rejestrze Sądowym, zamawiający winien żądać dołączenia do oferty pełnomocnictwa, o ile ofertę ma podpisać pełnomocnik. Nie zażądanie dołączenia do oferty pełnomocnictwa spowodować może sytuację, w której gdyby ofertę podpisała osoba inna niż ustawowo czy statutowo umocowana, zamawiający nie mógłby stwierdzić prawidłowości złożenia podpisu. To czy oferta została w takim przypadku prawidłowo podpisana zależy od tego, co oświadczy wykonawca. Wykonawca może bowiem nawet po złożeniu oświadczenia przez rzekomego pełnomocnika potwierdzić ważność tej czynności. Taka z kolei sytuacja jest bardzo niekorzystna dla zamawiającego, bowiem wykonawca, po otwarciu ofert, w zasadzie ma wolny wybór potwierdzenia udzielonego pełnomocnictwa bądź odmówienia takiego potwierdzenia. Stąd należy bezwzględnie żądać dołączenia do oferty pełnomocnictwa do jej podpisania.
Pełnomocnictwo można podzielić na:
1)ogólne – obejmujące umocowanie do czynności zwykłego zarządu, pod rygorem nieważności winno być zawsze sporządzone na piśmie,
2)rodzajowe – do czynności określonego rodzaju, np. do podpisywania ofert składanych przez wykonawcę w postępowaniach o zamówienie publiczne,
3)szczególne – do określonej czynności, np. do podpisania konkretnej oferty.
Z uwaga na fakt, że ustawa nakłada na wykonawcę obowiązek sporządzenia oferty na piśmie, również pełnomocnictwo winno być sporządzone na piśmie.

2.3.1. Pojęcie formy pisemnej

Zgodnie z art. 78 Kc do zachowania formy pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia. Wynika stąd, iż konstytutywnym elementem formy pisemnej jest własnoręczny podpis. Pojęcie podpisu ze względu na brak ustawowej definicji pozostaje przedmiotem zainteresowania doktryny i judykatury. Sąd Najwyższy[111] w uchwale z dnia 30 grudnia 1993 r. stwierdził, iż „**Podpis wystawcy weksla musi obejmować co najmniej nazwisko. Prawo wekslowe nie wymaga dla ważności weksla, aby podpis był czytelny. Podpis nieczytelny powinien jednak być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę”.** Teza wyroku dotyczyła podpisu na wekslu, ale powszechnie uznaje się, iż znajduje ona zastosowanie do art. 78 Kc.
Z powyższego wynika, że elementem konstytuującym podpis jest nazwisko wystawcy danego oświadczenia lub dokumentu. W cytowanej uchwale Sąd Najwyższy wskazał na wymogi jakie

[111] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1993 r., sygn. akt III CZP 146/93, publ. LexPolonica

napisane nazwisko musi spełniać: „*Podpis wystawcy weksla musi obejmować co najmniej nazwisko. Z wymagania tego wynika, że nie chodzi o dowolną postać pisanego znaku ręcznego, lecz o napisane nazwisko. Wymaganie podpisania nazwiskiem to – innymi słowy – wymaganie napisanie swojego nazwiska. Nazwisko to może być skrócone; pomijanie niektórych liter, zwłaszcza samej końcówki nazwiska, jest w praktyce obrotu prawnego powszechne. Ma ono zresztą charakter względny, gdyż podpis, obejmujący w intencji podpisującego pełne nazwisko, może swoim wyglądem przedstawiać się jako skrócony. Nie można bowiem formułować ogólnych wskazań co do długości lub kształtu podpisu, poza tym, że ma on stanowić napisane nazwisko, niekoniecznie czytelnie, ale w sposób charakterystyczny dla osoby podpisanej. Istotne jest bowiem to, by napisany znak ręczny – przy całej tolerancji co do kształtu własnoręcznego podpisu – stwarzał w stosunku do osób trzecich pewność, że podpisujący chciał podpisać się pełnym swoim nazwiskiem oraz że uczynił to w formie, jakiej przy podpisywaniu dokumentów stale używa. Takiej pewności nie stwarzają same inicjały, czy parafa, toteż nie mogą być uznane za podpis wystawcy weksla*”

Przytoczone obszerne uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego pozwala na wyjaśnienie zagadnienia o istotnym znaczeniu w praktyce a związanego z odróżnieniem podpisu od innych form znaków graficznych, w szczególności od parafy i inicjałów. Jak podniósł Sąd Najwyższy *inicjały to początkowe litery imienia i nazwiska. Parafa oznacza „skrót podpisu zwykle urzędowego; inicjały podpisującego dokument, list”. Trzeba jednak odróżnić pojęcie parafy od skrótu podpisu. Pierwsze w ścisłym tego słowa znaczeniu – jeśli chodzi o formę – oznacza znak ręczny składający się z inicjałów, drugie – skrócony podpis przez pominięcie niektórych liter w celu uczynienia go krótszym. Parafę odróżnia od podpisu przede wszystkim funkcja. Parafa stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do złożenia podpisu.*

2.3.2. Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 grudnia 1993 r., sygn. akt III CZP 146/93

Podpis wystawcy weksla musi obejmować co najmniej nazwisko. Prawo wekslowe nie wymaga dla ważności weksla, aby podpis był czytelny. Podpis nieczytelny powinien jednak być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę.

Sąd Najwyższy przy udziale Prokuratora rozpoznał wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 8 października 1993 r. Nr Kw. Pr. 4121/16/93/C o rozstrzygnięcie następującego zagadnienia prawnego:

„Czy podpis wystawcy weksla, o którym mowa w art. 1 pkt 8 prawa wekslowego, musi być czytelny i obejmować co najmniej nazwisko wystawcy?”

i podjął następującą uchwałę.

Uzasadnienie

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, wnosząc o podjęcie uchwały mającej na celu wyjaśnienie pojęcia podpisu wystawcy weksla, twierdził, że pojęcie to - wobec braku w prawie polskim definicji legalnej podpisu - wywołuje w praktyce sądów powszechnych wątpliwości o istotnym znaczeniu z punktu widzenia prawidłowości i jednolitości stosowania prawa. Wysunął przy tym sugestię, że stanowisko doktryny, zwłaszcza przedwojennej, przyjmujące, iż podpis oznacza szereg znaków graficznych, które według prawideł pewnego systemu pisania tworzą obraz brzmienia danego nazwiska, a które zamieszczono na dokumencie za pomocą techniki, oddającej indywidualne właściwości piszącego - może nie odpowiadać wymogom nowoczesnego obrotu prawnego. W związku z tym wskazał na potrzeby wyjaśnienia, czy podpis w rozumieniu art. 1 pkt 8 prawa wekslowego musi być czytelny i obejmować co najmniej nazwisko wystawcy, czy też podpisem tym jest jakikolwiek znak graficzny indywidualizujący wystawcę, a więc także parafa, skrót podpisu czy inicjały.

I. O podpisie jest mowa nie tylko w art. 1 pkt 8 ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. Prawo wekslowe (Dz. U. 1936 r. Nr 37 poz. 282), lecz także w innych przepisach tej ustawy, w przepisach Kodeksu cywilnego, Kodeksu handlowego, Kodeksu postępowania cywilnego, ustawy z dnia 28 kwietnia 1936

r. Prawo czekowe (Dz. U. 1936 r. Nr 37 poz. 283), ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie (Dz. U. 1991 r. Nr 22 poz. 91) oraz w przepisach innych aktów normatywnych wchodzących w skład systemu prawa cywilnego. W żadnym z tych aktów ustawodawca nie zamieścił definicji podpisu.
Z przepisu art. 78 zd. pierwsze Kc, według którego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, wynika wymóg własnoręczności podpisu. Z treści art. 79 Kc, a także z treści - stanowiącego lex specialis w stosunku do tego przepisu - art. 75 prawa wekslowego wyprowadzić należy z kolei wniosek, że podpis złożyć może jedynie osoba umiejąca i mogąca pisać. Tak kwestię tę ujmuje również przepis art. 92 § 2 prawa o notariacie („Jeżeli w akcie bierze udział osoba, która nie umie lub nie może pisać, notariusz stwierdza, że osoba ta aktu nie podpisała, i podaje z jakich powodów"). Zachodzą zatem podstawy, by przyjąć, że podpis musi stanowić wytwór pisania; mówiąc inaczej - podpisem jest wyłącznie znak napisany. Takie rozumienie interpretowanego pojęcia odpowiada wynikowi analizy semantycznej wyrazu podpis, w którym akcent trzeba położyć na określonej w nim czynności: pisać. Nie jest więc podpisem tuszowy odcisk palca, z którym ustawa - przy zachowaniu pozostałych wymagań określonych w art. 79 Kc - wiąże jedynie skutki prawne przewidziane dla podpisu. Wobec warunku własnoręczności, o którym mowa w art. 78 Kc, nie jest również podpisem, a jedynie jego kopią, faksymile, które może być odciśnięte na dokumencie przez inną osobę. Ustawodawca sankcjonuje wprawdzie niekiedy mechaniczne odtworzenie podpisu, co uczynił np. w art. 921[10] § 2 Kc w odniesieniu do podpisu dłużnika na dokumencie stanowiącym papier wartościowy na okaziciela, „...chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej" , czy w art. 339 § 2 Kh w odniesieniu do podpisu zarządu na akcji. Wymienione przepisy świadczą jednak o tym, że mechaniczne odtworzenie podpisu może być jedynie uznane za równoważne z podpisem. Immanentną cechą podpisu jest bowiem własnoręczność. Cecha ta umożliwia funkcję identyfikacyjną, gdyż tylko własnoręczny podpis, który zawiera w sobie osobiste cechy charakteru pisma podpisującego (ukształtowanie liter, ich łączenie itp.) pozwala na stwierdzenie - za pomocą graficznej ekspertyzy pisma - że jest on autentyczny.
W obowiązującym ustawodawstwie brak wyraźnego wskazania, jaka ma być treść podpisu i w jaki sposób powinien on być wykonany. Odpowiedzi na to pytanie trzeba zatem szukać, mając na uwadze całokształt materiału normatywnego oraz dyrektywy wynikające z języka, a także z funkcji, jaką pełni przepis mówiący o podpisie.
II. Powołany w przedstawionym zagadnieniu prawnym artykuł 1 prawa wekslowego wymienia części składowe weksla trasowanego zwane cechami; które z nich są istotne wskazuje natomiast art. 2 prawa wekslowego Podobną metodą regulacji posłużył się ustawodawca gdy chodzi o weksel własny; art. 101 prawa wekslowego wymienia części składowe tego weksla, natomiast art. 102 wskazuje, które z nich są istotne. Według powyższych przepisów weksel, zarówno trasowany jak i własny, jest dokumentem posiadającym dokładnie przez prawo określoną formę. Jest to przy tym sformalizowanie, z którego wypływają dwa wnioski: nie jest wymagane spełnienie żadnych dalszych przesłanek, lecz od spełnienia wymaganych przesłanek uzależnione jest traktowanie dokumentu jako weksla trasowanego bądź własnego, czyli - ważność weksla. Z zestawienia art. 1 pkt 8 z art. 2 prawa wekslowego wynika, że podpis wystawcy należy do istotnych części składowych weksla trasowanego, co oznacza, że stanowi przesłankę jego ważności. Nie inaczej ma się rzecz, gdy chodzi o weksel własny, co wynika z kolei z zestawienia art. 101 z art. 102 prawa wekslowego Tak więc dokument pozbawiony podpisu wystawcy nie będzie uważany za weksel, choćby zawierał pozostałe istotne części składowe weksla.
Podpis wystawcy jest nie tylko elementem formy weksla, lecz także zobowiązania wekslowego wystawcy. Ważność tego zobowiązania podlega ocenie z jednej strony przez pryzmat przesłanek formalnych, z drugiej zaś - materialnych. Gdy chodzi o pierwsze, istotne jest to, czy dany dokument jest wekslem ważnym z formalnego punktu widzenia. Zachowanie formy weksla nie oznacza jednak ważności zobowiązania wekslowego wystawcy, gdyż o ważności tej decydują równocześnie przesłanki materialne. Jeżeli okaże się, że osoba, która podpisała weksel jako wystawca, nie miała zdolności wekslowej, jej zobowiązanie wekslowe - mimo ważności weksla - nie powstanie. Podobnie

w odniesieniu do podpisu wystawcy weksla trzeba odróżnić formalne przesłanki od materialnych przesłanek ważności tego podpisu.
Stosownie do art. 7 prawa wekslowego, wyrażającego zasadę samodzielności podpisu - jeżeli na wekslu znajdują się podpisy osób niezdolnych do zaciągania zobowiązań wekslowych, podpisy fałszywe, podpisy osób nie istniejących albo podpisy, które z jakiejkolwiek innej przyczyny nie zobowiązują osób, które weksel podpisały lub których nazwiskiem weksel został podpisany, nie uchybia to ważności innych podpisów. Trzeba dodać, że tym samym nie uchybia to ważności weksla. Tak więc weksel może być ważny, mimo że podpis jego wystawcy, oceniany przez pryzmat przesłanek materialnych, będzie nieważny.
W przepisie art. 1 prawa wekslowego, podobnie jak i w przepisie art. 101 tego prawa, chodzi jedynie o formę weksla, czyli o zewnętrzny wygląd dokumentu. Z punktu widzenia tych przepisów dla ważności weksla nie jest istotne, czy podpis wystawcy jest własnoręczny; wystarczy, że stanowi on napisany znak ręczny, który swoim wyglądem przedstawia się jako własnoręczny. Weksel z podrobionym podpisem wystawcy może być zatem wekslem ważnym. Warunkiem odpowiedzialności wystawcy jest jednak to, by podpis pochodził z jego ręki.
III. Składając podpis na dokumencie obejmującym oświadczenie woli podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych i daje jednocześnie wyraz temu, że dokument zawiera ostateczną, a nie jedynie projektowaną, treść danego oświadczenia, że oświadczenie to jest zupełne oraz że pochodzi od osoby podpisanej. Powyższe funkcje podpisu nie pozostają bez znaczenia dla rozumienia treści tego pojęcia. Można bowiem przyjmować, że skoro podpis jest napisanym znakiem ręcznym określonej osoby, to powinien on wskazywać tę osobę, a więc prezentować nie tylko jej charakter pisma, ale i dane, które ją indywidualizują. Należą do nich między innymi imię i nazwisko, przy czym funkcję indywidualizującą pełni przede wszystkim nazwisko. Z punktu widzenia semantyki podpis oznacza „nazwisko (imię), rzadziej godło, inicjały, napisane zwykle własnoręcznie" , natomiast podpisać się - to „napisać własnoręcznie swoje nazwisko (imię), rzadziej godło, inicjały; zaświadczyć, stwierdzić coś swym podpisem" (por. Słownik języka polskiego, t. 2, PWN, Warszawa 1978, str. 743). W mowie potocznej słowo podpis jest używane w dwóch różnych znaczeniach. W stosunkach rodzinnych czy towarzyskich przez podpis rozumie się każde zakończenie pisma skreślone przez osobę, od której pismo pochodzi, np. tylko imię, i to także zdrobniałe. Gdy chodzi o podpisy składane w stosunkach urzędowych, zwłaszcza na pismach mających charakter czynności prawnej, przyjmuje się powszechnie, że podpis oznacza imię i nazwisko lub co najmniej nazwisko podpisującego. Przeświadczenie takie utrwaliło się w społeczeństwie z uwagi na funkcję nazwiska, które służy ustaleniu tożsamości osoby fizycznej.
W braku wyraźnego ustanowienia terminologicznego użytego w ustawie, wyrazy rozumie się w takim znaczeniu, w jakim są one powszechnie i stale używane w mowie potocznej. Są zatem argumenty na rzecz tezy, że podpis w rozumieniu ustawy powinien obejmować co najmniej nazwisko podpisującego.
Inaczej rozstrzygnął tę kwestię Sąd Najwyższy co do podpisu spadkodawcy na testamencie holograficznym sporządzonym w postaci listu. W uchwale z dnia 23 kwietnia 1960 r. 3 CO 8/60 (OSN 1961/I poz. 27) przyjął, że wystarczy podpisanie takiego testamentu tylko imieniem, jeżeli stosunek osobisty spadkodawcy i adresata uzasadnia tego rodzaju podpis, a w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 28 kwietnia 1973 r. III CZP 78/72 (OSNCP 1973/12 poz. 207) - w sposób określający jedynie stosunek rodzinny spadkodawcy do spadkobiercy, jeżeli okoliczności nie nasuwają wątpliwości co do powagi i zamiaru takiego rozporządzenia. U podstaw obydwu orzeczeń legło stanowisko przyjmujące, że tzw. favor testamenti ma wpływ również na wykładnię przepisów o formie testamentu.
Tych łagodniejszych wymagań, ukształtowanych w orzecznictwie w odniesieniu do testamentu sporządzonego w postaci listu, nie można jednak rozciągać na wszystkie czynności prawne, zwłaszcza na czynności określone w przepisach prawa wekslowego, stanowiącego ius strictum.
Na tle przepisów prawa wekslowego z 1924 r. (rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 14 listopada 1924 r. o prawie wekslowym - Dz. U. 1924 r. Nr 100 poz. 926) w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwaliło się stanowisko, że pojęcie podpisu mieści w sobie własnoręczne umieszczenie

na wekslu imienia i nazwiska lub co najmniej nazwiska podpisującego (por. w szczególności: orzeczenie pełnego kompletu Izby Trzeciej Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1928 r. Rw 2483/27 OSP 1928 poz. 419; orzeczenie SN z dnia 22 maja 1930 r. Rw 2663/29 OSP 1930/7 poz. 323; orzeczenie SN z dnia 5 listopada 1930 r. III. 1. Rw. 613/30 Zb. Orz. 1930/II poz. 232; orzeczenie SN z dnia 22 września 1932 r. III. 1. Rw. 1386/32 Zb. Orz. 1932/II poz. 158; orzeczenie SN z dnia 12 maja 1933 r. C.II.Rw 603/33 Zb. Orz. 1934/I poz. 33). Trzeba jednak zaznaczyć, że stanowisko to zostało wyrażone pod rządami ustawodawstwa dzielnicowego oraz że niektóre z przepisów tego ustawodawstwa przewidywały wyraźnie wymóg podpisania swoim nazwiskiem.
Analiza części składowych weksla trasowanego nasuwa spostrzeżenie, że art. 1 prawa wekslowego przewiduje wymóg wskazania nazwiska w odniesieniu do osób trasata i remitenta, a gdy chodzi o wystawcę - wymóg jego podpisu. Podobnie ma się rzecz w wypadku weksla własnego; musi on zawierać nazwisko osoby, na której rzecz lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana, czyli remitenta. Co się zaś tyczy wystawcy, weksel ten musi zawierać jego podpis. Zestawienie tych wymagań w wypadku weksla trasowanego z brzmieniem art. 2 zd. ostatnie prawa wekslowego, a gdy chodzi o weksel własny - z brzmieniem art. 102 zd. ostatnie , prowadzi jednak do wniosku, że ustawodawca implicite przyjmuje podpis nazwiskiem. Stosownie bowiem do powołanych przepisów weksel, tak trasowany jak i własny, „w którym nie oznaczono miejsca wystawienia, uważa się za wystawiony w miejscu podanym obok nazwiska wystawcy” . Gdyby treść podpisu wystawcy mogła być inna, a więc nie obejmować jego nazwiska, przepisy art. 2 zd. ostatnie i art. 102 zd. ostatnie prawa wekslowego byłyby pozbawione praktycznego znaczenia.
Również w doktrynie wyrażony został i to w sposób jednoznaczny pogląd, że podpis wystawcy weksla powinien obejmować co najmniej nazwisko wystawcy.
Podpis, o którym wyżej mowa, nie musi natomiast obejmować imienia. Wymogów wskazania imienia przepisy prawa wekslowego nie przewidują również w odniesieniu do osób remitenta (art. 1 pkt 6 i art. 101 pkt 5) oraz trasata (art. 1 pkt 3), mimo że ułatwiłoby to ich identyfikację. Wymaganie, aby podpis wystawcy obejmował co najmniej nazwisko, stanowi natomiast przesłankę ważności weksla.
IV. W praktyce obrotu prawnego, obok podpisów czytelnych, spotyka się i to znacznie częściej podpisy niezupełnie czytelne, a także podpisy nieczytelne, przy czym te ostatnie nie należą do odosobnionych. Rozważając czy - w braku wskazówek ustawodawcy co do sposobu wykonania podpisu - uzasadnione jest wymaganie, aby podpis wystawcy weksla był czytelny, trzeba mieć na uwadze to, że przepisy o formie weksla, wobec rygoru nieważności, muszą być tłumaczone ściśle z równoczesnym uwzględnieniem ich celu i funkcji. Ustawodawca, stawiając w przepisach art. 1 i art. 101 prawa wekslowego określone warunki formalne, miał bez wątpienia na względzie sprawność i bezpieczeństwo obrotu wekslowego. Chodziło o to, by można było z łatwością i w sposób pewny ustalić, czy dany dokument jest wekslem. Z uwagi na rygoryzm norm prawa wekslowego uczestnicy obrotu powinni bowiem z góry wiedzieć, czy ich stosunki będą podlegać tym normom.
Wykładnia przepisów o formie weksla powinna odpowiadać powyższym założeniom. Odrzucić trzeba zatem wszelkie próby wykładni odwołujące się do stopnia czytelności bądź nieczytelności podpisu, gdyż zawarty w nich element oceny stanowić może w praktyce źródło wątpliwości co do ważności weksla. Rozważając, czy podpis nieczytelny może odpowiadać wymogom art. 1 pkt 8 i art. 101 pkt 7 prawa wekslowego trzeba liczyć się z tym, że w razie nie dającego się odczytać podpisu wystawcy, z dokumentu, jakim jest weksel, zasadniczo nie będzie wynikało nazwisko wystawcy, gdyż nie musi być ono zamieszczone w treści weksla. Z punktu widzenia instytucji prawa wekslowego, funkcji weksla, a także sprawności obrotu wekslowego byłoby pożądane, aby z weksla wynikało nie tylko nazwisko, ale i imię oraz adres wystawcy. W braku adresu kolejny posiadacz weksla napotyka przeszkodę w wypełnieniu obowiązku notyfikacji przewidzianego w art. 45 prawa wekslowego W razie nieczytelnego podpisu wystawcy banki - z uwagi na treść § 3 załącznika do zarządzenia nr A/3/92 Prezesa Narodowego Banku Polskiego z dnia 17 czerwca 1992 r. w sprawie wprowadzenia „Regulaminu redyskonta weksli przez Narodowy Bank Polski” (Dz. Urz. NBP 1992 r. Nr 5 poz. 10 i Dz. Urz. NBP 1992 r. Nr 11 poz. 22) i wymagania określone w zarządzeniu Nr 17/89 Prezesa Narodowego Banku Polskiego z dnia 18 października 1989 r. w sprawie warunków, którym powinny

odpowiadać weksle przyjmowane przez Narodowy Bank Polski od innych banków do redyskonta (Dz. Urz. NBP 1989 r. Nr 5 poz. 12) - mogą nie przyjąć weksla do dyskonta. W praktyce tak podpisany przez wystawcę weksel może więc nie spełniać należycie funkcji kredytowej. Trzeba również brać pod uwagę to, że - mimo instytucjonalnych gwarancji przewidzianych w przepisach prawa wekslowego dla ułatwienia obiegowości weksla - weksel z nie dającym się odczytać podpisem wystawcy może w praktyce nie spełniać należycie funkcji obiegowej, gdyż osoby trzecie mogą nie przyjąć go od remitenta.
Przytoczone przykładowo ograniczenie funkcji weksla z nieczytelnym podpisem wystawcy mogą wystąpić w praktyce z uwagi na wątpliwość co do osoby wystawcy. Wątpliwość taka, która zrodzić się może również w razie złożenia podpisu w sposób niezupełnie czytelny, nie czyni jednak weksla nieważnym, bo podpis wystawcy jakkolwiek nieczytelny, ale istnieje, a wątpliwość może być usunięta innymi środkami dowodowymi. Samo przyjęcie weksla z nieczytelnym podpisem wystawcy będzie natomiast zawsze pozostawione uznaniu remitenta.
Również w doktrynie przeważa stanowisko, że mniejsza lub większa czytelność podpisu wystawcy nie wpływa na ważność weksla, gdyż przy jej ocenie chodzi jedynie o zewnętrzny wygląd dokumentu, nie zaś o to czy osoba, którą wskazuje podpis zaciągnęła zobowiązanie wekslowe.
V. Przyjmując, że podpis wystawcy weksla może być wykonany w sposób nie dający się odczytać, trzeba rozważyć, czy oznacza to, że może on przybrać dowolną postać pisanego znaku ręcznego i czy tym samym - co podniesiono w uzasadnieniu przedstawionego zagadnienia prawnego - podpisem są również parafa, skrót podpisu lub inicjały. Gdy chodzi o zakres użytych pojęć, nie budzi wątpliwości, że inicjały to początkowe litery imienia i nazwiska. Parafa, w znaczeniu płynącym z języka, oznacza „skrót podpisu, zwykle urzędowego; inicjały podpisującego dokument, list" (por. Słownik języka polskiego, t. 2, PWN, Warszawa 1978, str. 601). Trzeba jednak odróżnić pojęcie parafy od skrótu podpisu. Pierwsze w ścisłym tego słowa znaczeniu - gdy chodzi o formę - oznacza znak ręczny składający się z inicjałów, drugie - skrócony podpis przez pominięcie niektórych liter w celu uczynienia go krótszym.
Parafę odróżnia się od podpisu przede wszystkim funkcją. Parafa stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do złożenia podpisu. Nawet wówczas, gdy parafujący zamiast inicjałów zamieści na dokumencie swój pełny podpis, jako znak zachowa jedynie znaczenie przygotowania dokumentu do złożenia na nim podpisu. O merytorycznym znaczeniu znaku przesądzi bowiem w takim wypadku treść dokumentu.
Podpis wystawcy weksla, jak była już o tym mowa, musi obejmować co najmniej nazwisko. Z wymagania tego wynika, że nie chodzi o dowolną postać pisanego znaku ręcznego, lecz o napisane nazwisko. Wymóg podpisania nazwiskiem to - innymi słowy - wymóg napisania swego nazwiska. Nazwisko to może być skrócone; pomijanie niektórych liter, zwłaszcza samej końcówki nazwiska, jest w praktyce obrotu prawnego powszechne. Ma ono zresztą charakter względny, gdyż podpis, obejmujący w intencji podpisującego pełne nazwisko, może swoim wyglądem przedstawić się jako skrócony. Nie można zatem formułować ogólnych wskazań co do długości czy kształtu podpisu poza tym, że ma on stanowić napisane nazwisko, niekoniecznie czytelnie, ale w sposób charakterystyczny dla osoby podpisanej. Istotne jest bowiem to, by napisany znak ręczny - przy całej tolerancji co do kształtu własnoręcznego podpisu - stwarzał w stosunku do osób trzecich pewność, że podpisujący chciał podpisać się pełnym swoim nazwiskiem oraz że uczynił to w formie, jakiej przy podpisywaniu dokumentu stale używa. Takiej pewności nie stwarzają same inicjały, czyli parafa, toteż nie mogą być one uznane za podpis wystawcy weksla.
Podpis nieczytelny stanowi wyraz woli napisania nazwiska jedynie wówczas, gdy podpisujący w taki właśnie sposób pisze swoje nazwisko, składając podpisy na dokumentach. Dlatego też podpis nieczytelny powinien być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę weksla, a więc w formie, która jest tym samym znana szerszemu kręgowi osób. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać, wyraża napisane nazwisko, a zarazem pełni funkcję identyfikacyjną.
W razie złożenia przez wystawcę weksla podpisu w powyższej formie, spełnienie wymagania z art. 1 pkt 8 czy art. 101 pkt 7 prawa wekslowego nie będzie budzić wątpliwości osób, którym taka właśnie

forma podpisu wystawcy jest znana. Dla pozostałych osób podpis nieczytelny będzie natomiast podstawą domniemania, że został on złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę.
Z przytoczonych wyżej powodów Sąd Najwyższy rozstrzygnął przedstawione zagadnienie prawne w sposób wskazany w sentencji uchwały.

Wymóg własnoręcznego podpisu wzbudza kontrowersje, które sprowadzają się do odpowiedzi na pytanie czy własnoręczność podpisu oznacza jego oryginalność ? W praktyce można spotkać się z twierdzeniami, że podpisane własnoręcznie przez wykonawcę albo zamawiającego pismo przesłane za pomocą faksu spełnia wymóg własnoręczności podpisu. Zagadnienie to było przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego[112] z dnia 20 grudnia 2006 r. Rozstrzygnięcie dotyczyło wprawdzie możliwości przesłania apelacji za pośrednictwem telefaksu (faksu) w postępowaniu karnym, jednakże zawarte w uzasadnieniu argumenty mają walor uniwersalny i znajdujący odpowiednie zastosowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z cytowanej uchwały wynika, iż podpis własnoręczny immanentnie powiązany jest z jego oryginalnością. Jak stwierdził Sąd Najwyższy *„nawet najwierniejsze, a wręcz idealne odwzorowanie podpisu przy pomocy pieczęci, kliszy fotograficznej, czy też metoda kserografii nie zmienia faktu, że taki podpis stanowi kopię oryginalnego, co powoduje, iż nie da się stwierdzić, czy jest podpisem niezaprzeczalnie własnoręcznym, a więc takim, który pochodzi od osoby składającej pismo, i takim, który rzeczywiście został złożony przez osobę w piśmie procesowym zgodnie z jego wolą”.*

2.3.3.Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt I KZP 29/2006

Przewodniczący: Sędzia SN Piotr Hofmański.
Sędziowie SN: Dorota Rysińska (sprawozdawca), Roman Sądej.
Protokolant: Ewa Sokołowska.
Sąd Najwyższy - Izba Karna w Warszawie na posiedzeniu przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Aleksandra Herzoga w sprawie Andrzeja M. po rozpoznaniu przedstawionego na podstawie art. 441 § 1 Kpk przez Sąd Okręgowy w Tarnowie postanowieniem z dnia 26 września 2006 r., II KZ 168/2006 zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:
„Czy przesłanie apelacji za pośrednictwem telefaksu (faksu) spełnia wymóg formalny z art. 119 § 1 pkt 4 Kpk?”
uchwalił udzielić następującej odpowiedzi.

Środek odwoławczy może być wniesiony przy pomocy telefaksu, jednak skuteczność tego pisma procesowego warunkuje uzupełnienie wymogu formalnego, polegającego na złożeniu na nim własnoręcznego podpisu przez wnoszącego środek.

Uzasadnienie

Zagadnienie prawne, przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia, powstało przy rozpoznawaniu przez Sąd Okręgowy w Tarnowie zażalenia oskarżonego Andrzeja M., wniesionego na zarządzenie z dnia 7 sierpnia 2006 r., którym odmówiono przyjęcia apelacji oskarżonego od wyroku Sądu Rejonowego w Dąbrowie Tarnowskiej z dnia 21 czerwca 2006 r. W zarządzeniu tym (i w zarządzeniach je poprzedzających) wskazano, że oskarżony przesłał apelację za pośrednictwem telefaksu, a zatem środek ten nie zawiera jego oryginalnego, własnoręcznego podpisu, przy czym oskarżony, wezwany na podstawie art. 120 § 1 Kpk w zw. z art. 119 § 1 Kpk do usunięcia tego braku formalnego, nie usunął go w zakreślonym terminie. Skarżąc przytaczane zarządzenie, Andrzej M. argumentował z kolei, że przesłana przez niego apelacja *„została złożona wraz z własnoręcznym podpisem”* i dlatego domaga się jej rozpoznania.

[112] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba karna z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt I KZP 29/2006, publ. LexPolonica

Uzasadniając wystąpienie ze sformułowanym na wstępie zagadnieniem prawnym wymagającym zasadniczej wykładni ustawy, Sąd Okręgowy za punkt wyjścia swych rozważań czyni stwierdzenie, że na środku odwoławczym, wniesionym za pośrednictwem telefaksu (inaczej niż w przesłanym telegramem), *„podpis w ogóle jest złożony”* , tyle że budzi wątpliwość, czy odpowiada on wymogowi art. 119 § 1 pkt 4 Kpk. Z dwóch możliwych, Sąd Okręgowy preferuje interpretację, że podpis ten spełnia wskazany wymóg, ponieważ nie traci on cechy własnoręczności w wyniku jego *„przekształcenia”* w drodze transmisji pisma tym (opisanym zresztą w przepisie art. 132 § 3 Kpk i wykorzystywanym przez organy procesowe) technicznym sposobem. Kładąc nacisk na stwierdzenie, że nie można utożsamiać podpisu własnoręcznego z oryginalnym, Sąd Okręgowy podkreśla, że współczesny rozwój technik komunikacyjnych obliguje do poszukiwania możliwości uznania za prawnie skuteczne różnych sposobów komunikowania się z organami procesowymi, ku czemu zmierza unormowanie art. 125 § 2 i 4 Kpc oraz ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym. Natomiast dostrzegając możliwość odmiennej wykładni (zwłaszcza z uwagi na gwarancyjną funkcję podpisu), pytający Sąd zaznacza, że w praktyce sądów z terenu Sądu Okręgowego w Tarnowie występują rozbieżności interpretacyjne.
Prokurator Prokuratury Krajowej w pisemnym wniosku wniósł o podjęcie uchwały, w myśl której *„wniesienie pisma procesowego za pośrednictwem telefaksu jest skuteczne pod warunkiem uzupełnienia wymogów formalnych określonych w art. 119 Kpk”* .
W tym stanie sprawy Sąd Najwyższy zważył, co następuje.
Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne spełnia warunki określone w przepisie art. 441 § 1 Kpk, niezależnie od pewnych zastrzeżeń co do sposobu jego sformułowania. Zwłaszcza jednak treść jego uzasadnienia, w którym doszło do pomieszania różnego rodzaju argumentów i wyciągania z nich opacznych wniosków interpretacyjnych, powoduje konieczność uporządkowania rozważanych kwestii, istotnych z punktu widzenia rozpatrywanego zagadnienia, które sprowadza się do dylematu, czy apelacja spełnia warunki skuteczności środka odwoławczego, w wypadku jej wniesienia przy pomocy telefaksu.
Na plan pierwszy czynionych w tym przedmiocie rozważań należy wysunąć przepis art. 428 § 1 Kpk, który przewiduje wyłączność pisemnej formy wnoszonego środka odwoławczego, stanowiąc wyjątek od reguły wyrażonej w art.116 Kpk. Żaden z wymienionych (ani innych) przepisów nie stawia wymagań szczególnych co do tej formy składanego oświadczenia procesowego, wobec czego należy przyjąć - zgodnie z ich brzmieniem - że każde takie oświadczenie, wyrażone pismem a nie ustnie, a co za tym idzie, każdy tekst, napisany ręcznie czy maszynowo (pismem *„komputerowym”*), spełnia wymóg wniesienia środka odwoławczego na piśmie. Powyższe przemawia za tym, że bez znaczenia pozostaje zarówno sposób, w jaki owo oświadczenie woli zostanie przelane na papier, jak i to, czy sporządzone pismo dotrze do adresata w oryginale, czy w innej formie. Należy wobec tego stwierdzić, że środek odwoławczy przesłany do organu procesowego w postaci faksu (odbitki pisma pochodzącej z odbiorczego urządzenia telefaksowego) spełnia warunek wskazany w art. 428 § 1 Kpk, a wniesienie tego środka w opisywanej postaci (dla zachowania terminu do wykonania tej czynności procesowej) jest prawnie skuteczne.
Konsekwencją powyższego, wniesiony w ten sposób środek odwoławczy (niezależnie od wymagań szczególnych i warunków skuteczności przewidzianych tylko dla środków odwoławczych i samej apelacji) powinien, jak każde pismo procesowe, spełniać ogólne wymogi formalne takiego pisma, o jakich mowa w art. 119 Kpk. Do wymogów tych - i to takich, których dopełnienie implikuje możliwość nadania biegu środkowi odwoławczemu, a więc i jego skuteczność (art. 120 Kpk) - należy zawsze podpis składającego to pismo procesowe (§ 1 pkt 4 i § 2 art. 119 Kpk). Trzeba podkreślić, że niespełnienie wskazanego wymogu formalnego nie sprowadza się li tylko do sytuacji, gdy pismo procesowe w ogóle nie zawiera wskazanego podpisu. Za równoważne takiej sytuacji, co w judykaturze i doktrynie nie budzi wątpliwości (por. np. uchwałę siedmiu sędziów SN z dnia 18 lipca 1979 r. VI KZP 13/79 OSNKW 1979/10 poz. 99, dotyczącą podpisania pisma przez osobę nieuprawnioną) należy traktować wypadki, w których podpis na piśmie wprawdzie widnieje, jednak nie sposób go uznać za spełniający kryteria wymagane przepisem art. 119 Kpk.

Przytaczane kryteria nie są w wymienionym unormowaniu określone w sposób jednoznaczny, niemniej zasady wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej nie pozwalają wątpić, że w art. 119 § 1 pkt 4 Kpk chodzi o własnoręczny, oryginalny podpis składającego pismo. W powszechnym, tradycyjnym rozumieniu słowo *„podpis”* oznacza m.in. *„nazwisko (...) napisane zwykle własnoręcznie”* , zaś zwrot *„podpisać się”* to m.in. tyle, co *„nadać ważność jakiemuś dokumentowi przez napisanie na nim swojego nazwiska”* (S. Dubisz, red.: Uniwersalny słownik języka polskiego, Warszawa 2003, t. III, str. 566-567). Za przyjęciem wymogu własnoręczności podpisu, w rozumieniu pkt 4 § 1 art. 119 Kpk, przemawia też brzmienie § 2 przytaczanego unormowania, które dopuszczając możliwość podpisania pisma przez osobę trzecią, czyni to właśnie w sytuacji, gdy osoba składająca pismo sama nie może się podpisać. Wreszcie za taką, zapewniającą spójność systemową, wykładnią pojęcia *„podpis”* przemawia interpretacja odpowiednich unormowań procedury cywilnej, sięgająca do przepisów materialnych prawa cywilnego. Na ich tle zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie (K. Piasecki, red.: Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz, Warszawa 2006, t. I, str. 508-511; A. Zieliński, red.: Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz, Warszawa 2005, t. I, str. 385; H. Ciepła i inni: Kodeks cywilny, Praktyczny komentarz z orzecznictwem, Warszawa 2005, t. I, str. 206-207 i cyt. tam orzeczenia) wyrażany jest jednolity pogląd, że złożony na piśmie procesowym podpis (którego określenia w art. 126 § 1 pkt 4 Kpc także nie sprecyzowano) musi być podpisem własnoręcznym. W argumentacji wskazuje się zwłaszcza (ujmując rzecz w największym skrócie) na racje przemawiające za równoważnym pojmowaniem wyrażenia *„podpis”* w ujęciu wskazanego przepisu prawa procesowego i w ujęciu art. 78 § 1 Kc (posługującego się określeniem *„własnoręcznego”* podpisu w odniesieniu do oświadczeń woli składanych w formie pisemnej), w tym na nie mniej istotne znaczenie tego podpisu, niż ma on w prawie materialnym. Właśnie w związku ze znaczeniem własnoręcznego podpisu oraz z jego funkcjami, które obejmują możliwości identyfikacji składającego pismo i stwierdzenia, że rzeczywiście pochodzi ono od osoby na nim podpisanej, nadto odróżnienia projektu oświadczenia woli od jego ostatecznie zaakceptowanego kształtu i stwierdzenia, iż osoba je składająca potwierdziła (swym podpisem) stanowczą wolę jego złożenia (K. Knoppek: Dokument w procesie cywilnym, Poznań 1993, str. 39-40; A. Jędrzejewska: Pisemna forma oświadczenia woli a automatyzacja obrotu prawnego, Państwo i Prawo 1993/1 str. 70), przydaje się wagę tym jego cechom, które pozwalają stwierdzić, że podpis złożony w piśmie procesowym jest odręcznym, indywidualnym (utrudniającym podrobienie), znakiem graficznym wnoszącego to pismo. Doniosłe znaczenie podpisu, który daje gwarancję autentyczności oświadczenia woli i zapewnia bezpieczeństwo, a przy tym uniknięcie chaosu i stanu niepewności w obrocie prawnym jest nie do podważenia.
W tym świetle nie mogą budzić zastrzeżeń poglądy, prezentowane zarówno na gruncie cywilno, jak i karno-prawnym (T. Grzegorczyk: Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Kraków 2005, str. 344; P. Hofmański, red.: Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2004, t. I, str. 577; por. także orzeczenia Sądu Najwyższego: postanowienie z dnia 17 kwietnia 1967 II PZ 22/67 Nowe Prawo 1967/12 str. 1721-22; wyrok z dnia 23 lipca 1998 r. III CKN 482/98; postanowienie z dnia 24 stycznia 2005 r. III UZ 20/2004 OSNP 2005/16 poz. 258), w myśl których podpis własnoręczny na piśmie procesowym nie może być zastąpiony nie tylko podpisem sporządzonym na maszynie (jak np. w wypadku sporządzenia dokumentu techniką komputerową, czy też nadania go telegramem), ale też żadnym innym podpisem mechanicznym, np. faksymile, bądź kserograficzną odbitką własnego podpisu. Trzeba bowiem podkreślić, w kontekście wątpliwości wyrażonych w pytaniu prawnym, że nawet najwierniejsze, a wręcz idealne odwzorowanie podpisu przy pomocy pieczęci, kliszy fotograficznej, czy też metodą kserografii (elektrofotograficzną) nie zmienia faktu, że taki podpis stanowi kopię podpisu oryginalnego, co powoduje, iż nie da się stwierdzić, czy jest podpisem niezaprzeczalnie własnoręcznym, a więc takim, który pochodzi od osoby składającej pismo procesowe, i takim, który rzeczywiście został złożony przez tę osobę w piśmie procesowym zgodnie z jej wolą.
Powyższe rozważania prowadzą zatem do wniosku, że żadna kopia podpisu widniejącego na środku odwoławczym nie spełnia wymogu określonego w art. 119 § 1 pkt 4 Kpk. Skoro tak, to nie sposób uznać, że podpis figurujący na tym piśmie, o ile zostało ono przesłane telefaksem, czyni zadość

wskazanemu warunkowi formalnemu skuteczności wniesionego środka. Wskazać trzeba, że w myśl najprostszej definicji (B. Pfaffenberger, Słownik terminów komputerowych, Warszawa 1999, str. 79), telefaks (faks) jest *„urządzeniem, które może nadawać lub odbierać treść dokumentów papierowych, korzystając z linii telefonicznych. Faks skanuje kartkę papieru, tworzy jej obraz w postaci cyfrowej, po czym go transmituje. Faks, do którego jest wysyłany ten dokument, odbiera zapis cyfrowy, dekoduje go i drukuje kopię strony oryginalnej"* (por. także hasło *„telefaks"* oraz powiązaną z nim definicję *„symilografii"* , jako metody przekazywania obrazu - Wielka Encyklopedia PWN, Warszawa 2005, t. 27, str. 283, t. 25, str. 311). Wystarczy też nadmienić, że w języku potocznym (S. Dubisz, op.cit. str. 787) słowo *„faks"* oznacza *„kopię dokumentu, zdjęcia itp. otrzymaną za pomocą tego urządzenia"* , zaś słowo *„faksować"* zostało utworzone z łacińskiego facsimile (B. Pfeffenberger, op.cit., str. 79). Bez wątpienia więc, podpis widniejący na piśmie przesłanym faksem stanowi, jak wskazuje sam pytający Sąd, *„odwzorowanie (odbicie, kopię), (...) sui generis multiplikację"* własnoręcznego podpisu. Z tym zaś nie da się pogodzić wysuwanego jednocześnie stwierdzenia, że podpis ów *„nie traci cechy własnoręczności"* w wyniku *„jedynie jego przekształcenia w drodze przekazu technicznego"* (*„technicznego sposobu transmisji pisma"*). Poza sporem bowiem pozostaje fakt przetworzenia podpisu w postać kopii, z tego zaś punktu widzenia techniczny sposób owego *„przekształcenia"* (czy też powód, wynikający z potrzeby przesłania pisma) nie ma znaczenia.
Pogląd, że przesłanie telefaksem dokumentu zawierającego oświadczenie woli, na którym był złożony własnoręczny podpis, nie spełnia warunku podpisu własnoręcznego, znalazł wyraźny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego (uchwała z dnia 2 października 2002 r. III PZP 17/2002 OSNP 2003/20 poz. 481). Również w wypowiedziach doktryny podkreśla się, że wnoszone w tej formie pismo procesowe dotknięte jest omawianym brakiem formalnym, a tak złożonego oświadczenia woli nie można uznać za skuteczne, gdyż figurujący na dokumencie przesłanym faksem podpis (nawet osobiście umieszczony na oryginale) nie spełnia tych wszystkich funkcji, które pełni podpis własnoręczny (A. Jędrzejewska, op.cit., str. 71-72; H. Ciepła, op.cit., str. 207).
Prezentowanego stanowiska nie są zdolne podważyć pozostałe argumenty, jakie na poparcie poglądu przeciwnego zostały wysunięte w uzasadnieniu zagadnienia prawnego.
Niczego tu zatem nie zmienia odwołanie się przez Sąd Okręgowy do przepisów art. 125 § 2 4 Kpc oraz ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. 2001 r. Nr 130 poz. 1450 ze zm.), by nie powiedzieć, że wywiera efekt odwrotny od zamierzonego. Trzeba zauważyć, że podpis elektroniczny (w istocie zaś dane w postaci elektronicznej) usprawnia obrót prawny, ale - zwłaszcza bezpieczny podpis weryfikowany przy pomocy ważnego certyfikatu (por. art. 3 pkt 2 cyt. ustawy), istotnie sprzyja zapewnieniu bezpieczeństwa w tym obrocie, czego nie gwarantuje posługiwanie się telefaksem przy przesyłaniu dokumentów. Trafnie też zauważa Prokurator Krajowy w pisemnym stanowisku, że tam gdzie ustawodawca dopuszcza odmienną od tradycyjnej formę pism procesowych (zwłaszcza tych *„wnoszonych"* do sądu), czyni to w drodze wyraźnej i precyzyjnej regulacji.
Nie znajduje także żadnego uzasadnienia upatrywanie w przepisie art. 132 § 3 Kpk, przewidującym możliwość doręczania pism uczestnikom procesu przez organy procesowe za pośrednictwem telefaksu lub poczty elektronicznej, podstawy dla takiej samej możliwości postępowania w odniesieniu do środków odwoławczych, kierowanych do organów przez strony (uczestników) procesu.
Zacząć trzeba od tego, że rozważania interesujące ze wskazanego punktu widzenia, w tym z punktu widzenia analizowanych przepisów art. 428 § 1 i art. 119 Kpk, należy umieścić w kontekście unormowań regulujących czynności procesowe (Dział IV kodeksu postępowania karnego). Te bowiem, zamieszczone w kolejnych rozdziałach, regulacje opisują *„określone przez prawo karne procesowe zachowania uczestnika postępowania wywołujące przewidziane przez to prawo skutki prawne"* (T. Grzegorczyk, J. Tylman: Polskie postępowanie karne, Warszawa 2005, str. 358 i nast.). Czynności te (i ich skutki) są zróżnicowane, gdyż - ujmując rzecz w największym skrócie - pozostają w zależności m.in. od podmiotu dokonującego czynności, od funkcji (celu) danej czynności, od jej treści i charakteru, by przywołać tu choćby oświadczenia wiedzy (np. zawiadomienia) czy oświadczenia woli (imperatywne, postulujące) lub od formy (ustna, pisemna). Nie można zatem, jak

czyni to pytający Sąd, mieszać warunków odnoszących się do rodzajowo różnych oświadczeń procesowych a następnie wnioskować o ich skuteczności.
I tak, gdy chodzi o oświadczenia organów procesowych, to - w interesującym tu kontekście - należy zwrócić przede wszystkim uwagę na oświadczenia o charakterze imperatywnym, które zapadają w formie orzeczeń lub zarządzeń, i w związku z tym wskazać na dwie tylko kwestie szczegółowe. Po pierwsze, trzeba odnotować doniosłe znaczenie, jakie przepisy procesowe nadają złożeniu pod orzeczeniem podpisu, którego brak, niezależnie od przyczyn jego zaistnienia, stanowi bezwzględną przesłankę uchylenia orzeczenia (art. 439 § 1 pkt 6 Kpk). Zawsze bowiem w tej sytuacji powstaje wątpliwość, czy orzeczenie zostało sporządzone zgodnie z wolą wszystkich orzekających (orzekającego). Po wtóre, należy podkreślić, że doręczanie orzeczeń i zarządzeń (które ustawa nakazuje doręczyć) następuje - zgodnie z treścią art. 128 § 1 Kpk - tylko w postaci uwierzytelnionych odpisów, co oznacza wyłączenie wskazanej w art. 132 § 3 Kpk możliwości doręczania opisanych oświadczeń procesowych przy pomocy telefaksu lub poczty elektronicznej. Znajduje to pełne uzasadnienie w fakcie, że sposób ten, wobec niemożności zrealizowania wymogu związanego z urzędowym poświadczeniem autentyczności podpisu, nie zapewnia dostatecznego bezpieczeństwa w zakresie eliminowania niepowołanych ingerencji w treść tych pism.
Wbrew zatem mniemaniu wyrażonemu w uzasadnieniu pytania prawnego, nie jest tak, że organ procesowy (w przeciwieństwie do strony) zawsze ma możliwość doręczenia pisma przy pomocy telefaksu, czy poczty elektronicznej. W praktyce bowiem, może to dotyczyć tylko wezwań i zawiadomień (których wymogi formalne określają przepisy art. 129 Kpk), nie zaś wymienionych procesowych oświadczeń woli tego organu. Z kolei możliwość komunikowania się tymi sposobami z organem procesu mają też jego uczestnicy, co zresztą (zwłaszcza przy wykorzystaniu faksu) występuje w praktyce.
W nawiązaniu do powyższego należy podkreślić, że środek odwoławczy, jakim jest apelacja stanowi również (podobnie jak wniosek o doręczenie odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem) procesowe oświadczenie woli, tyle że jest to oświadczenie o charakterze postulującym, złożone przez stronę. Stanowi to jasny punkt odniesienia dla dwóch ważkich konstatacji, jakie rysują się także w związku z treścią przeprowadzonych już rozważań.
Po pierwsze zatem, nie sposób nie dostrzec, że pismo, w którym sporządzająca je osoba wyraża żądanie przeprowadzenia kontroli odwoławczej zapadłego rozstrzygnięcia ma istotne znaczenie zarówno dla samego biegu procesu, jak i z punktu widzenia interesu tej osoby. W takim razie konieczność potwierdzenia własnym podpisem, że opisane oświadczenie, o zawartej w nim treści, zostało wniesione przez właściwą osobę i zgodnie z jej wolą, nie ulega kwestii. Nie może więc budzić też wątpliwości, że za formę takiego *„uwierzytelnienia”* wniesionego środka odwoławczego (analogicznie zresztą - oświadczenia procesowego o jego cofnięciu, w wypadku jego złożenia na piśmie - art. 431 § 1 w zw. z art. 116 Kpk) nie sposób uznać jakiejkolwiek kopii podpisu wnoszącego pismo, w tym figurującej na piśmie przesłanym telefaksem. Wynikający stąd stan niepewności co do rzeczywistego wyrażenia woli przez skarżącego jest nie do zaakceptowania, zatem jego usunięcie jest możliwe wyłącznie przez uzyskanie na nim jego własnoręcznego podpisu. Uzupełnienie tego wymogu formalnego przez skarżącego potwierdza, że w momencie przesłania środka odwoławczego telefaksem taką wolę wyraził i wywołuje skutki ex tunc.
Po wtóre, nie sposób uznać - jak sugeruje pytający Sąd - by unormowania dotyczące doręczeń (i ich skuteczności, także za pośrednictwem telefaksu) miały w ogóle zastosowanie do takiej czynności procesowej, jaką jest wniesienie przez stronę (inny podmiot) środka odwoławczego. Zarówno systematyka przepisów Działu IV kodeksu postępowania karnego, jak i sama treść przepisów jego rozdziału 15 wskazuje, że unormowania dotyczące doręczeń (choć wywierają skutki dla uczestników postępowania) adresowane są do organów procesowych a nie do stron. Niezależnie jednak od tego trzeba podkreślić, że żaden przepis kodeksu nie posługuje się pojęciem *„doręczenia”* przez stronę środka odwoławczego właściwemu organowi procesowemu. Poczynając od treści art. 428 § 1 Kpk, będącego już w polu zainteresowania, wymieniając choćby uregulowania art. 445 i art. 460 Kpk, wreszcie kończąc na przepisach normujących kwestie związane z zachowaniem terminu dokonania

czynności procesowej (Dział IV, rozdział 14), zawsze jest mowa o wnoszeniu (wniesieniu) środka odwoławczego. Określenie to zaś, jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 20 stycznia 2005 r. I KZP 28/2004 (OSNKW 2005/1 poz. 1), stanowi kategorię ogólną, obejmującą wszystkie zachowania, z którymi ustawodawca łączy skutek w postaci dokonania czynności z zachowaniem terminu. Wobec tego, zachowania te należy wiązać z nadaniem środka odwoławczego (jego datą) - w sposób uregulowany w art. 124 Kpk lub ze złożeniem go w siedzibie sądu (z uzyskaniem stosownej prezentaty zaświadczającej fakt oraz datę wpływu tego pisma), nie zaś z czynnością doręczenia w podanym wyżej rozumieniu. Powyższe nie wyklucza, rzecz jasna, możliwości wniesienia środka odwoławczego przy pomocy telefaksu (z zachowaniem terminu dopełnienia tej czynności), jednak nie oznacza zarazem, że czynność ta jest skuteczna, tak jak ma to miejsce, na przykład, przy osobistym złożeniu tego pisma lub nadaniu go zwykłą przesyłką pocztową, gdy wnoszone pismo zawiera własnoręczny podpis wnoszącego, a nie jego kopię.

Należy jednak podkreślić, co wynika już z wcześniejszego wywodu, że brak własnoręcznego podpisu wnoszącego środek odwoławczy w omawianej postaci jest - jak ma to miejsce w wypadku takich pism procesowych wnoszonych w inny sposób - brakiem usuwalnym. Uzupełnienie określonego w art. 119 § 1 pkt 4 Kpk wymogu formalnego środka odwoławczego może więc nastąpić w drodze procedury uregulowanej w przepisie art. 120 § 1 Kpk, przy czym godzi się zauważyć, że uzupełnienie to może nastąpić nie tylko przez własnoręczne podpisanie przez wnoszącego egzemplarza pisma, które już wpłynęło, ale również przez przedłożenie innego egzemplarza zawierającego ten podpis (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 2004 r. V CZ 111/2004, niepubl.), o ile jego treść jest identyczna. W wypadku dopełnienia tej czynności w zakreślonym terminie, środek odwoławczy przesłany przy pomocy telefaksu wywołuje skutki od dnia jego wniesienia, jak stanowi o tym art. 120 § 2 Kpk zd. 1.
Kierując się przedstawionymi względami, Sąd Najwyższy podjął uchwałę prezentowaną na wstępie.

2.4.Termin związania ofertą

Termin związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a więc termin, w którym na oferencie spoczywa obowiązek wypełnienia wszystkich zawartych w ofercie zobowiązań, został określony w **art. 85 ust. 1 ustawy** . Zgodnie z tym przepisem wykonawca składający ofertę pozostaje nią związany przez czas określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wynika z powyższego – określenie terminu związania ofertą należy do zamawiającego. Jego swoboda w tym zakresie nie jest jednak nieograniczona. Ustawodawca uzależnił maksymalną długość okresu związania ofertą od wartości szacunkowej zamówienia.
Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, jednak nie dłużej niż:

- 30 dni, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne,
- 90 dni, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro,
- 60 dni, jeżeli wartość zamówienia jest inna niżej wyżej wymienione.

Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Sposób liczenia tego terminu odbiega od wyrażonej w art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego zasady, zgodnie z którą przy liczeniu terminów określonych w dniach, których początkiem jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. **Ustawa - Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do terminu związania ofertą, reguluje tę kwestię odmiennie. Użycie w art. 85 ust. 5 ustawy zwrotu „wraz z upływem terminu składania ofert", wskazuje bowiem, iż przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert, czyli dzień, w którym nastąpiło zdarzenie będące początkiem biegu terminu. Tym samym, pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.**
Zgodnie z **art. 85 ust. 2 ustawy** zamawiający może zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o czas oznaczony, nie dłuższy niż 60 dni, pod warunkiem wystąpienia jednocześnie trzech przesłanek:

- istnieją okoliczności uzasadniające przedłużenie terminu związania ofertą,
- do końca upływu terminu pozostało co najmniej 7 dni,
- zamawiający nie zwracał się uprzednio w toku tegoż postępowania do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wykonawca jest zobowiązany jednocześnie przedłużyć okres ważności wadium albo wnieść nowe wadium na cały przedłużony okres związania ofertą. Powyższy wymóg wynika z istoty wadium, którego celem jest zabezpieczenie roszczeń zamawiającego z tytułu wystąpienia zdarzeń, o których mowa w **art. 46 ust. 5 ustawy.**
Odmowa wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie powoduje utraty wadium, lecz jest równoznaczna z rezygnacją z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do wykluczenia oferenta, który nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą bądź nie wniósł na ten okres wadium (**art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy**).
Zgodnie z **art. 181 ust. 1 ustawy**, w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Jest to uregulowanie odmienne od wskazanej w **art. 81 ust. 3 ustawy** o zamówieniach publicznych reguły, w myśl której wniesienie protestu powodowało przerwanie biegu terminu związania ofertą, co oznaczało, że z dniem rozstrzygnięcia protestu termin ten biegł od nowa. Zawieszenie biegu terminu związania ofertą, o którym mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych, powoduje natomiast, iż po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu termin ten biegnie w dalszym ciągu.
Wniesienie protestu w toku postępowania pociąga za sobą konieczność przedłużenia przez oferentów wadium lub wniesienia nowego wadium na wydłużony okres pod rygorem wykluczenia z postępowania (**art. 181 ust. 2 ustawy).**
Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku zawieszenia biegu terminu związania ofertą z powodu wszczęcia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli uprzedniej (**art. 168 ust. 4 ustawy**). Z chwilą zakończenia kontroli, to jest z chwilą powiadomienia zamawiającego o wynikach kontroli, termin związania ofertą rozpoczyna swój dalszy bieg. Należy przy tym podkreślić, że w sytuacji, gdy termin ważności wadium upływa w trakcie przeprowadzania kontroli uprzedniej, wykonawcy nie są zobowiązani do przedłużenia wadium, i co za tym idzie, upływ terminu jego ważności, nie powoduje konieczności wykluczenia oferenta (**art. 168 ust. 6 ustawy).**

2.5. Zastrzeżenie dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niektórych informacji zawartych w ofercie

Wykonawca może objąć tajemnicą przedsiębiorstwa pewne informacje zawarte w ofercie. Stanowi o tym przepis **art. 8 ust. 3 ustawy**. Zasadą jednakże jawność oferty. Przywoływana w przepisie **art. 8 ust. 3 ustawy**, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiąc, że są to 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.
Za tajemnicę przedsiębiorstwa, stosownie do postanowień art. 55^1 Kc, uznać można – pod warunkiem spełnienia przesłanek ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o których mowa wyżej – mający wartość gospodarczą niematerialny składnik przedsiębiorstwa, który, tak jak i pozostałe składnik, służyć ma przedsiębiorcy do realizacji określonych zadań gospodarczych. Przy tym to przedsiębiorca w trakcie realizacji owych zadań podejmuje decyzje, czy i w stosunku, do jakich informacji podejmie działania zmierzające do zachowania poufności.
Zastrzeżenie poufności nie może wynikać jedynie ze swobodnego uznania składającego takie oświadczenie przedsiębiorcy. Informacja dotycząca samego przedsiębiorstwa lub związana z działalnością tego przedsiębiorstwa, aby mogła stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi spełniać jednocześnie trzy warunki polegające na tym, że:

1) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
2) posiada wartość gospodarczą,
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego[113] z dnia 3 października 2000 r. za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- **ma charakter technologiczny, techniczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,**
- **nie została ujawniona do wiadomości publicznej,**
- **podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.**

Dalej w treści uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego czytamy: powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja (wiadomość) nie ujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. „Tajemnica" nie traci zaś ze swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnych toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Zastosowane w ustawowej definicji sformułowania należy interpretować szeroko. Powszechnie przyjmuje się, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą objęte następujące informacje:

1. Informacje **techniczne i technologiczne** mogą dotyczyć technologii wytwarzania, stosowanych sposobów produkcji, systemu kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, formuł chemicznych, metod działania, poufnego know – how produkcyjnego itp.
2. Informacje **organizacyjne** mogą obejmować wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa (choć niezwiązane bezpośrednio z cyklem produkcyjnym), w szczególności:
   a) źródła zaopatrzenia (źródła pozyskiwania surowców, materiałów, półproduktów, wykaz dostawców, podwykonawców, koszty zaopatrzenia i usług obcych itp.),
   b) strukturę organizacyjną (w tym również zasady finansowania działalności, wysokość wynagrodzeń pracowników i współpracowników itp.),
   c) rynki zbytu (działalność marketingowa, organizowanie rynków zbytu, sieć dystrybucji, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, wykaz odbiorców, wykaz hurtowni i składów fabrycznych, wykaz punktów serwisowych itp.).
3. W obecnym stanie prawnym rozszerzono katalog informacji stanowiących tajemnicę Przedsiębiorstwa o ogólną kategorię **„innych informacji posiadających wartość gospodarczą".** W rezultacie, w miejsce wyczerpującego katalogu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wprowadzono katalog otwarty. Za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się, jak wcześniej wspomniano, wszystkie informacje posiadające wartość gospodarczą (w szczególności informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne) jeżeli przedsiębiorca spełni wymagania z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji in fine.

[113] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00,publ. LexPolonica

Powstaje pytanie, czy należy brać pod uwagę subiektywną wartość gospodarczą przypisywaną informacji przez przedsiębiorcę, czy chodzi tu raczej o jej wartość zobiektywizowaną. Wydaje się, iż należy opowiedzieć się za tą drugą koncepcją, za którą opowiedział się już Sąd Antymonopolowy[114] w postanowieniu z 27 marca 2002 r. Tajemnica przedsiębiorstwa, w przeciwieństwie do tajemnicy korespondencji, jest chroniona z uwagi na wartość ekonomiczną jaką przedstawia. Przyjęcie, iż miarodajna jest subiektywna ocena wartości informacji przez przedsiębiorcę może prowadzić do prób egzekwowania przez przedsiębiorców ochrony mało ważnych danych, które nie podnoszą konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa. W przypadku ujawnienia takiej informacji zwykle nie nastąpi zagrożenie lub naruszenie interesów przedsiębiorcy (zwłaszcza istotnych) i, w rezultacie, nie będzie można wykazać czynu nieuczciwej konkurencji. Kryteria „wartości gospodarczej", „istotności zagrożonych lub naruszonych interesów" przyjęte w ustawie są na tyle nieostre, iż sąd będzie musiał je rozpatrywać casu ad casum.

2.5.1.Działania niezbędne dla zachowania poufności

Konkretna informacja może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa tylko wtedy, gdy przedsiębiorca ma **wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.** Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. „Tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie – jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym dane informacje zostały ujawnione.
Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie – chcąc zapoznać się z treścią informacji – muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wypływem danych. Chroniona informacja nie powinna dotrzeć do wiadomości osób trzecich w sposób legalny. Wybór informacji, które mają zostać objęte poufnością należy do przedsiębiorcy, jednakże wybór ten nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji.
Zatem, jak zauważa się w literaturze przedmiotu, na przedsiębiorcy spoczywa **dodatkowy ciężar podjęcia odpowiednich działań** organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy. Powinien on wdrożyć procedury określające przepływ informacji i krąg osób uprawnionych, a także poinformować pracowników i współpracowników o poufnym charakterze określonych informacji. Obecnie często stosowane są w umowach (również w umowach o pracę) klauzule o zakazie konkurencji obejmujące między innymi zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (również po rozwiązaniu stosunku pracy). Obowiązek pouczenia określonych pracowników i współpracowników nie oznacza, że inne osoby, które przypadkowo weszły w posiadanie danej informacji, są zwolnione od obowiązku zachowania tajemnicy. Ustawa nie uzależnia obowiązku przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa od sposobu uzyskania należycie utajnionej informacji. Z jednej strony, obowiązek zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być dorozumiany, z drugiej zaś wola przedsiębiorcy może być wyrażona w dowolny, byle jednoznaczny sposób. Konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zapewnienia poufności informacji obciążają przedsiębiorcę.
Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia takich działań, które – zgodnie z wiedzą i doświadczeniem – zapewnią ochronę informacji przed ujawnieniem. Mają to być działania „niezbędne".

[114] Postanowienie Sądu Antymonopolowego z 27 marca 2002 r., sygn. akt XVII Ama 8/02, niepubl.

2.5.2.Tajemnica przedsiębiorstwa a jawność ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne

Z treści cytowanego na wstępie przepisu **ustawy** wynika, iż:

1. Nie można zastrzec poufności całej oferty, bowiem zasadą jest jej jawność. Wykonawca może skutecznie żądać od zamawiającego nieujawniania przekazanej z ofertą informacji jedynie wówczas, gdy określi w sposób dokładny tę informację (wiadomość). Niedopuszczalnym jest zatem uczynienie np. klauzuli „**oferta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być udostępniona innym uczestnikom postępowania, z wyjątkiem tych dokumentów, które muszą być udostępnione zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa** ...”. Klauzula taka nie precyzuje bowiem, która informacja jest uznawana za tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. Zastrzeżenie poufności oferty nie wywołuje skutków wobec zamawiającego. Zamawiający ma w każdym wypadku prawo wglądu do oferty (odmienne podejście czyniłoby niecelowym złożenie tych fragmentów oferty). Zastrzeżenie takie nie jest skuteczne również osób, którym ustawy zezwalają na dostęp do wszystkich informacji zawartych w ofercie lub załącznikach do niej.

2.5.3.Informacje, jakie nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa

Jak wcześniej wspomniano, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, co do których obowiązujące przepisy przesądzają o ich jawności. Także informacje, o których można się dowiedzieć zwykłą i dozwoloną drogą nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.
Z przepisów **ustawy** oraz innych ustaw wynika jawność wielu informacji zawartych w ofertach:

1) **Nazwisko lub firma (nazwa) oraz adres wykonawcy.** Dane dotyczące składających oferty muszą być odczytane podczas publicznego otwarcia ofert i muszą być podane do publicznej wiadomości osób obecnych. Wykonawca nieobecny na otwarciu ofert może zwrócić się do zamawiającego o przekazanie tych informacji, a zamawiający zobowiązany jest to niezwłocznie uczynić. Dane te następnie są uwidaczniane w jawnym załączniku do protokołu postępowania. Następnie dane wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę wpisywane są do druków ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zgodnie z zasadami zawartymi w ustawie.
2) **Cena oferty.** Cena złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie jak w przypadku danych adresowych, cena jest podawana do wiadomości obecnych podczas publicznego otwarcia ofert, a następnie umieszczana w jawnym załączniku do protokołu postępowania. Informacja o cenie oferty (w przypadku gdy jest ona najniższa, najwyższa lub gdy oferta ta została przez zamawiającego wybrana) jest podawana do publicznej wiadomości w treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. W przypadku obliczania wartości oferty na podstawie kosztorysów ofertowych, także wszystkie zawarte w kosztorysach ceny jednostkowe nie podlegają utajnieniu. Gdyby jednak wykonawca zawarł w ofercie dodatkowe informacje dotyczące marż, upustów czy rabatów zastosowanych przez niego przy obliczaniu cen jednostkowych, to takie informacje mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Należą one bowiem do stosowanej w przedsiębiorstwie polityki cenowej, która mieści się w pojęciu tajemnicy handlowej przedsiębiorstwa. W sytuacji, gdy cena oferty ma być wyrażona ryczałtem, dane dodatkowe, obrazujące sposób wyliczenia ceny ryczałtowej, także mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.
3) **Termin wykonania zamówienia.** Oferowany w ofercie termin realizacji zamówienia jest podawany do wiadomości obecnych podczas otwarcia ofert. Nie ma więc możliwości objęcia tej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Mogą być natomiast uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa załączone do oferty szczegółowe harmonogramy wykonywania poszczególnych czynności, w szczególności w przypadku, gdy wiążą się one z przyjętą przez wykonawcę koncepcją realizacji zamówienia.

4) **Okres gwarancji.** Podobnie jak w przypadku terminu wykonania zamówienia okresu gwarancji nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże sposób świadczenia obsługi gwarancyjnej, użyte do jej wykonania środki czy osoby, ich specjalistyczne narzędzia czy posiadane kwalifikacje i doświadczenie, a także informacje dotyczące sieci serwisowej, zwłaszcza tej stworzonej na potrzeby konkretnego zamówienia mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.
5) **Warunki płatności.** Z tych samych przyczyn i na tych samych warunkach, co termin wykonania zamówienia i okres gwarancji również warunki płatności określone w ofercie przetargowej stanowią informację jawną, co do której przedsiębiorcy zostało ustawowo odebrane prawo do jej utajnienia.

Z innych przepisów (w szczególności ustawy o dostępie do informacji publicznej, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym[115] czy ustawy o rachunkowości) wynika, że nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa następujących informacji:

1) **Danych zawartych w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego.** Nie można zastrzec poufności danych, które są jawne na mocy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Tak więc dane zawarte w KRS są zawsze jawne i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.
2) **Dane zawarte w sprawozdaniach finansowych.** W zakresie określonym ustawą o rachunkowości sprawozdania finansowe niektórych podmiotów są podawane do publicznej wiadomości poprzez ogłoszenie w Monitorze Polskim B lub w Monitorze Spółdzielczym. Także inne podmioty zobowiązane na podstawie przepisów do składania do Krajowego Rejestru Sądowego swych rocznych sprawozdań nie mogą swych sprawozdań finansowych objąć tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na fakt, iż dane te są danymi zawartymi w KRS-ie.
3) **Danych o posiadanych uprawnieniach, koncesjach, certyfikatach.** Niedopuszczalnym jest utajnianie posiadanych przez wykonawcę uprawnień, koncesji i certyfikatów, zwłaszcza nadawanych przez organy władzy i administracji publicznej lub inne podmioty działających na podstawie uprawnień nadanych przez te organy. W przypadku autoryzacji i certyfikatów wydawanych przez firmy prywatne są one zwykle dostępne dla zainteresowanych w sposób prawnie dozwolony.
4) **Oświadczenie na temat spełniania warunków podmiotowych.** Nie można zastrzec poufności złożonego oświadczenia wymaganego przez postanowienia **ustawy,** gdyż stanowi ono informację publiczną w rozumieniu ustawy o dostępie do informacji publicznej. Przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają charakter sankcyjny i zaistnienie przesłanek określonych w **ustawie** nie może być ukrywane przez wykonawców.
5) **Dane o wykonanych wcześniej zamówieniach publicznych.** Treść umowy w sprawie zamówienia publicznego jest jawna. W przypadku gdy wykonawca załącza do oferty informację na temat posiadanego przez siebie doświadczenia zawodowego musi pamiętać, że dane podane w wykazie a dotyczące poprzednio wykonanych zamówień publicznych nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ani więc dane poprzedniego zamawiającego, ani przedmiot zamówienia, ani termin realizacji zamówienia, ani cena umowy w sprawie zamówienia publicznego nie są, co do zasady, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wynika to z przytoczonych wyżej norm **ustawy,** jak też z ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Niemożliwym jest wyczerpujące wskazanie informacji lub dokumentów będących integralną częścią oferty stanowiących jednocześnie tajemnicę przedsiębiorstwa. Biorąc jednak pod uwagę orzecznictwo sądów polskich, treść przepisów szczególnych a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu[116].

---

[115] Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. Nr 17, poz. 209, z późn. zm.)
[116] Postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Zam. 1/96, „Wokanda" Nr 10, poz. 55

Informacje powyższe nie mogą być utajnione w jakikolwiek sposób. W przypadku, gdy wykonawca zastrzegł powyższe dane jako tajemnicę przedsiębiorstwa, można wysnuć wniosek, iż **oferta jest sprzeczna z ustawą i musi być odrzucona przez Komisję Przetargową na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy.**

2.5.4. Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/2005

Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna[117]
z dnia 21 października 2005 r.
III CZP 74/2005

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 19 poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

SSN Zbigniew Kwaśniewski (przewodniczący, sprawozdawca)
SSN Bronisław Czech
SSN Tadeusz Żyznowski
Protokolant Bożena Nowicka

Sąd Najwyższy w sprawie z odwołania Konsorcjum: Crowley Data Poland sp. z o.o. w Warszawie, Exatel S.A. w Warszawie oraz ATM S.A. w Warszawie, przeciwko zamawiającemu Skarbowi Państwa Ministrowi Sprawiedliwości o udzielenie zamówienia publicznego, po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 21 października 2005 r., zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniem z dnia 31 maja 2005 r. V Ca 3143/2004,

„Czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający uprawniony jest do badania zasadności dokonanego przez oferenta - w trybie art. 96 ust. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 19 poz. 177) zastrzeżenia informacji potwierdzających spełnienie przez niego warunków wymaganych specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a w przypadku pozytywnego w tym względzie rozstrzygnięcia: czy konsekwencją stwierdzenia bezzasadności takiego zastrzeżenia powinno być odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 wymienionej na wstępie ustawy?”

podjął uchwałę.

Uzasadnienie

Sąd Okręgowy, rozpoznający sprawę o udzielenie zamówienia publicznego toczącej się na skutek skargi oferenta od wyroku Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, ustalił, że wykonawca zastrzegł, iż nie mogą być udostępniane innym wykonawcom i osobom trzecim załączone do jego oferty dokumenty, obejmujące m.in. wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług, twierdząc, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustalił także, że Zespół Arbitrów w pisemnych motywach zaskarżonego skargą wyroku uznał, że zastrzeżenie informacji uznanych przez oferenta za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi ofertę w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych a tym samym zamawiający uprawniony był do badania złożonego zastrzeżenia w trybie dotyczącym oceny oferty. Nadto Zespół Arbitrów stwierdził, że skoro

[117] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/2005, publ. LexPolonica

nie została wykazana przesłanka z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie uznanie zastrzeżonych informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to zamawiający zasadnie odrzucił ofertę jako sprzeczną z przepisami **Pzp.**
Przy rozpoznawaniu skargi oferenta od wyroku Zespołu Arbitrów Sąd Okręgowy powziął poważne wątpliwości sformułowane w zagadnieniu prawnym przedstawionym do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu na podstawie art. 390 § 1 Kpc. W ocenie Sądu Okręgowego możliwe jest stanowisko, że wykładnia gramatyczna **art. 96 ust. 4 Pzp** przemawia za przyjęciem, iż objęcie informacji klauzulą tajności stanowi wyłączną decyzję oferenta, która nie podlega ocenie zamawiającego. Z drugiej jednak strony Sąd uznał, że pozostawienie tego zagadnienia wyłącznie w dyspozycji oferenta i zamawiającego może prowadzić do nieprawidłowości w postępowaniu mającym szczególny charakter, bo charakteryzującym się zasadą jawności.
Kolejnym elementem poważnych wątpliwości Sądu Okręgowego jest możliwość przesądzenia o tym, czy dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferenta wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) mogą być uznane za składnik oferty, a jeśli tak, to czy konsekwencją stwierdzenia ich niezgodności z ustawą jest obowiązek odrzucenia oferty przez zamawiającego na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp**.
Sąd Najwyższy zważył, co następuje:
Prawidłowo przyjęta chronologia ujęcia obu pytań sformułowanych w zagadnieniu prawnym, przedstawionym do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu, dowodzi, że pozytywna odpowiedź na pierwsze z nich czyni dopiero aktualną potrzebę udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.
I. Sąd Najwyższy nie wypowiadał się dotychczas w przedmiocie istnienia uprawnienia czy też obowiązku zamawiającego badania zasadności zastrzeganego w ofercie zakazu udostępniania określonych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz określania środków reakcji w razie ewentualnego stwierdzenia dokonania wspomnianych zastrzeżeń niezgodnie z prawem. Za bezsporne należy uznać stwierdzenie, że z mocy **art. 7 ust. 1 Pzp** zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jedną z takich, priorytetowo potraktowanych przez ustawodawcę, zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest wyartykułowana w **art. 8 ust. 1 Pzp** zasada jawności postępowania, wyjątkiem od której są ustawowo określone przypadki pozwalające na ograniczenie dostępu do określonych informacji. Przepis **art. 8 ust. 2 Pzp**, zawierający wyjątek od zasady zawartej w poprzedzającym go ustępie pierwszym **art. 8 Pzp**, jest źródłem uprawnienia zamawiającego ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak skorzystanie przezeń z tego uprawnienia ustawodawca ograniczył tylko do przypadków określonych w ustawie. Skoro więc zamawiający może z woli ustawodawcy ograniczyć dostęp do informacji, ale tylko w ustawowo określonych przypadkach, to aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą musi on uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Przykładem określonego w ustawie przypadku wyłączenia zasady jawności poprzez ograniczenie dostępu do informacji jest wyrażony w **art. 96 ust. 4 ustawy** zdanie pierwsze **Pzp** zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym nawet w razie wystąpienia tej przesłanki aktualizacja tego ustawowego zakazu została uwarunkowana uprzednim dokonaniem przez wykonawcę, w terminie składania ofert, stosownego zastrzeżenia, że informacje te nie mogą być udostępniane. Ustawodawca nader rygorystycznie traktuje także i to odstępstwo od zasady jawności, bowiem w dalszej części tego samego przepisu **art. 96 ust. 4** zdanie drugie Pzp pozbawia wykonawcę możliwości zastrzeżenia zawartych w ofertach informacji, o których mowa w **art. 86 ust. 4 Pzp**. Skoro więc skuteczność dokonanego przez wykonawcę, nawet w wymaganym terminie, zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, w postaci aktualizacji się ustawowego zakazu ich ujawniania, została uwarunkowana uprzednim pozytywnym przesądzeniem o tym, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to oczywistą staje

się konstatacja, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać czy w konkretnej sytuacji wystąpiła ustawowa przesłanka, przesądzająca o aktualizacji wymienionego zakazu. Samo użycie przez ustawodawcę w **art. 96 ust. 4 Pzp** bezosobowego zwrotu *„Nie ujawnia się informacji..."* nie może wywoływać jakichkolwiek wątpliwości, że adresatem tego zakazu (obowiązku określonego zaniechania) jest właśnie zamawiający, bowiem interpretacja podmiotowego zakresu obowiązywania wyrażonej w tym przepisie normy nie może abstrahować od regulacji zawartej w **art. 8 ust. 2 Pzp**. Ponieważ przesłanką aktualizacji się zakazu ujawniania informacji jest uprzednie pozytywne przesądzenie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów do których odsyła ustawodawca w art. **96 ust. 4 Pzp**, przeto logicznym staje się wniosek, że badanie w przedmiocie wystąpienia tej przesłanki jest obowiązkiem zamawiającego, bowiem pozytywny wynik tego badania przesądzi dopiero o zaktualizowaniu się ustawowego zakazu ujawniania informacji, adresowanego przecież - co wyżej wykazano - do zamawiającego. Jego obowiązkiem jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. 1993 r. Nr 47 poz. 211 ze zm.), którego interpretację zawiera ustabilizowana już linia orzecznictwa (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. I CKN 1159/2000 OSNC 2002/5 poz. 67; wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/2000 OSNC 2001/4 poz. 59 z aprobującą glosą).
Na pierwsze z przedstawionych pytań należało więc udzielić odpowiedzi pozytywnej, z tą jednak jej modyfikacją w stosunku do treści pytania, że badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego.
II. Jak to wyżej stwierdzono, przesądzenie o skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w **art. 96 ust. 4 zd. 1 Pzp**, zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie do charakteru (statusu) tych informacji. W razie uznania przez zamawiającego, że zastrzeżone przez oferenta informacje, potwierdzające zarazem spełnienie wymagań wynikających z SIWZ, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc, mówiąc w skrócie, w razie stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności takiego zastrzeżenia, powstaje kwestia określenia konsekwencji takiego stanowiska zamawiającego. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga uprzedniego rozważenia, czy objęte bezskutecznym - w rezultacie przeprowadzonego badania - zastrzeżeniem informacje stanowią element oferty, a więc czy stanowią one jej integralną część, co niewątpliwie ma znaczenie przy ocenie dopuszczalności zastosowania **art. 89 ust. 1 Pzp**. Z pewnością nie nasuwa wątpliwości stwierdzenie, że elementami oferty są te informacje, które wymieniono w **art. 86 ust. 4 Pzp**, a których - z woli ustawodawcy wyrażonej w **art. 96 ust. 4 zd. 2 Pzp** - wykonawca nie może objąć zastrzeżeniem zakazu udostępniania. Wśród nich nie wymienia się oczywiście informacji uznanych w ocenie oferenta za stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa.
Jednakże w ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie brak jest podstaw do wyłączenia z zakresu objętego treścią oferty tych informacji, potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z SIWZ, które w wyniku badania przeprowadzonego przez zamawiającego zostały uznane za objęte bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania. Zważyć bowiem należy, że z mocy **art. 82 ust. 3 Pzp** treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających z SIWZ było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 2 pkt 5 (wykazu wykonanych w ostatnich trzech latach usług) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2004 r. Nr 71 poz. 645), to oznacza to, że informacje te są elementem oferty w związku z treścią **art. 82 ust. 3 Pzp**, i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.

Kwalifikacja ta bynajmniej nie rozstrzyga jeszcze o konsekwencjach wynikających z faktu bezskutecznego zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji będących nawet elementem oferty. Zważyć bowiem należy, że wynikającym z **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie tylko takiej oferty, która jest niezgodna z ustawą. Sama okoliczność zamieszczenia w ofercie informacji wynikających z wymagań SIWZ, które następnie zostały negatywnie zweryfikowane przez zamawiającego, jako niestanowiące tajemnicy jego przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w **art. 96 ust. 4 Pzp**, nie może jeszcze automatycznie przesądzać o kwalifikacji takiej oferty jako niezgodnej z **ustawą**. W ocenie samego oferenta zamieszczone przez niego informacje, w wykonaniu wymagań wynikających z SIWZ, a będące też treścią oferty z mocy **art. 82 ust. 3 Pzp**, stanowiły tajemnicę jego przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem stanu wiedzy i świadomości samego oferenta i z pewnością nie mogły świadczyć o niezgodności oferty z ustawą. Późniejsza, nawet negatywna, weryfikacja przez zamawiającego statusu (charakteru) tych informacji, jako nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie pozwala na traktowanie całej oferty jako niezgodnej z ustawą. O takiej kwalifikacji oferty nie może bowiem przesądzać subiektywny przecież stan wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeżonych w niej informacji, a jedynie obiektywne okoliczności świadczące o niezgodności oferty z **ustawą**. Wymagałoby to jednak wskazania okoliczności przesądzających o takiej niezgodności.
W konsekwencji uznać należy, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w **art. 96 ust. 4 zd. 1 Pzp**, zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta, informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.
Z przytoczonych powodów Sąd Najwyższy podjął uchwałę jak w sentencji.

2.5.5. Oferty należy odtajniać, a nie odrzucać[118]

Oferty, w których utajniono więcej, niż pozwala prawo, nie są już odrzucane. W wyniku uchwały Sądu Najwyższego zmienia się linia orzecznicza arbitrów.
Jeszcze do niedawna wyroki arbitrów rozstrzygających spory w sprawach takich przetargów były jednolite. Jeśli przedsiębiorca utajnił informacje, które w rzeczywistości nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, to mógł być pewien, że jego oferta zostanie odrzucona.
Tak też stało się w przetargu na stworzenie sieci informatycznej dla resortu sprawiedliwości. Zamawiający, a później także arbitrzy, do których trafiła ta sprawa, uznali, że w ofercie jednego z konsorcjów zastrzeżono jako poufne informacje, które nie były tajemnicą przedsiębiorstwa — i dlatego powinna ona zostać odrzucona.
Konsorcjum odwołało się do sądu. Nie kwestionowało utajnienia treści niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa.
Skupiło się na argumentacji, że takie zachowanie nie oznacza konieczności odrzucenia oferty. Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że kwestię tę powinien rozstrzygnąć SN, a ten przyznał rację wykonawcy (sygn. akt III CZP 74/05).
SN doszedł do wniosku, że zamawiający ma prawo badać, czy informacje utajniono zgodnie z prawem.

[118] Wikariat Sławomir, *Oferty należy odtajniać, nie odrzucać*, „Rzeczpospolita 13 stycznia 2006

Jeżeli okaże się, że nie, to powinien po prostu odtajnić tę część, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, tak aby dostęp do niej mieli pozostali konkurenci. Nie ma zaś podstaw do odrzucania oferty.
Choć uchwała SN nie jest wiążąca w innych sprawach, to zaczęła już znajdować odbicie w orzecznictwie arbitrów. W przetargu na dostawę opakowań z tworzyw sztucznych Poczta Polska odrzuciła ofertę firmy Informer właśnie z powodu bezprawnego utajnienia części dokumentów, które miały służyć potwierdzeniu spełnienia warunków. Arbitrzy rozstrzygający ten spór powołali się na uchwałę SN i nakazali powtórzyć ocenę ofert.
Sprawa była tym trudniejsza, że poczta wyraźnie zaznaczyła w specyfikacji, iż jeśli w ofercie zostaną utajnione informacje, które nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, to zostanie ona odrzucona. A skoro przedsiębiorcy nie oprotestowali tego zapisu, to teoretycznie stał się on wiążący.
Arbitrzy doszli jednak do wniosku, że dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w przetargu nie są ofertą. A skoro tak, to zastrzeżenie poczynione w specyfikacji ich nie dotyczyło.
Poczta ma odtajnić informacje, które nie są tajemnicą przedsiębiorstwa. i dokonać ponownej oceny ofert.

2.5.6. Oferty należy badać[119]

Wraca do gry konsorcjum ubiegające się o jedno z największych zamówień publicznych w branży informatycznej – stworzenie sieci WAN i centralnego dostępu do Internetu dla resortu sprawiedliwości.
Taki skutek ma stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w precedensowej uchwale z 20 października 2005 r. Rozstrzyga ona wątpliwości prawne, jakie pojawiły się na tle przetargu ogłoszonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości w maju 2004 r. Chodzi o zaprojektowanie, zestawienie, uruchomienie i utrzymanie sieci, która między innymi zapewni dostęp poszczególnych jednostek resortu – sądów, prokuratur, KRS itd. – do bazy danych resortu, do Internetu i możliwość komunikowania się przez te jednostki między sobą.
W terminie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę złożyło między innymi konsorcjum utworzone przez trzy spółki: Crowley Data Poland spółka z o.o., Exatle S.A. i ATM S.A. Wykonawca zastrzegł, że nie może być udostępniany uczestnikom przetargu jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa między innymi wykaz usług wykonanych przez te spółki w ostatnich trzech latach wraz z cenami.
Takie zastrzeżenie dopuszczał (przed nowelizacją w 2006 r.) **art. 96 ust.4** (aktualnie **art. 8 ust.3 ustawy**) w odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Wedle art. 11 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i inne, mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorstwo podjęło niezbędne działania dla zachowania ich poufności.
Zamawiający uznał, że dokumenty, których poufność konsorcjum zastrzegło, nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, między innymi dlatego, że chodzi o informacje o usługach na rzecz instytucji państwowych, a więc stanowiące informację publiczną. Z tego powodu, powołując się na art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy, ofertę konsorcjum odrzucił jako „niezgodną z ustawą". Słowem, miała ona wypaść z gry.
Bezskuteczny okazał się protest skierowany do zamawiającego. Zespół arbitrów przy prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wyrokiem z listopada 2004 r. oddalił też odwołanie.

[119] Lewandowska Izabela, *Oferty należy badać*, „Rzeczpospolita" 22 -23 października 2005

Konsorcjum wniosło skargę na rozstrzygnięcie arbitrów do sądu. Twierdziło, że sporne informacje są tajemnicą, a gdyby nawet nią nie były, nie powoduje odrzucenia oferty, lecz jedynie nieważność zastrzeżenia poufności.
Sąd uznał, że w sprawie tej występują wątpliwości prawne i przedstawił je do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Sprawdzały się one do dwu pytań: czy zamawiający ma w ogóle prawo badać i oceniać zasadność zastrzeżenia poufności dokonanego przez oferenta, a jeśli tak, to czy konsekwencją stwierdzenia, że jest bezzasadne, ma być odrzucenie oferty na podstawie **art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy**.
Sąd w uzasadnieniu pytania zaznaczył, że przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie dają jednoznacznej odpowiedzi na te pytania. Przypomniał też podstawową zasadę procedury zamówień publicznych, jaką jest zapisana w **art. 8 Pzp** zasada jawności. Dosłowne brzmienie **art. 94 ust. 4 Pzp** przemawiać może – zdaniem sądu – za tym, że zamawiający nie ma prawa oceniać, czy zastrzeżenie poufności jest zasadne. Takie oceny zawsze będą subiektywne. Ale z kolei wyłącznie tej możliwości oznacza, że zastrzeżone informacje znać będą tylko zamawiający i oferent, co doprowadzić może do nadużywania zastrzeżeń.
Wiadomo bowiem, że najlepszymi kontrolerami ofert i ich recenzentami są inni oferenci.
Sąd w uzasadnieniu zwrócił uwagę na kilka jeszcze szczegółowych wątpliwości, ale drugą zasadniczą kwestią było, jak ma postąpić zamawiający w razie uznania, że może zastrzeżenie oceniać, a przy tym uznaje je za bezzasadne.
Sąd Najwyższy stwierdził przed wszystkim, że zamawiający ma prawo badać skuteczność zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji. Następstwem zaś stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest ich odtajnienie.

Jak wynika z powyższego wyroku Sądu Najwyższego oraz z przytoczonych artykułów, Komisja Przetargowa ma obowiązek badania ofert, w których wykonawca zastrzegł poufność informacji zawartych w ofercie . W przypadku gdy to zastrzeżenie jest niezgodne z prawem, Komisja Przetargowa stwierdza jego bezskuteczność, odtajnia zastrzeżone informacje i dokonuje oceny złożonej oferty.

2.6. Badanie ofert wariantowych

Badanie pod względem zgodności z treścią SIWZ ofert wariantowych nie jest sprawą łatwą[120]. Oczywiste jest, że oferta wariantowa podlega odrzuceniu, jeżeli zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych (wniosek z **art. 83 ust.1 ustawy**). Odrzuca się również ofertę wariantową, której sposób przedstawienia nie odpowiada opisowi zawartemu w SIWZ. To ostatnie może mieć miejsce w sytuacji, gdy wykonawca przedstawi więcej niż jedną ofertę wariantową (rozwiązanie wariantowe) lub nie oznaczy – zgodnie z wymaganiami SIWZ – oferty jako wariantowej. Oferta wariantowa powinna również podlegać odrzuceniu, jeżeli nie zawiera wyczerpującego opisu świadczenia, który uwzględniałby każdy element niezbędny do wykonania usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Podobnie należy postąpić z ofertą wariantową, w której wykonawca zmienia (zastępuje, uzupełnia, eliminuje, dodaje) pozycje opisu przedmiotu zamówienia, nie wskazując liczby jednostek miary i cen jednostkowych.
W celu zachowania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w trakcie badania ofert należy sprawdzić, czy treść oferty wariantowej jest równoważna wymaganemu przedmiotowi zamówienia. Należy brać przy tym pod uwagę określone w SIWZ minimalne warunki, jakim musiały odpowiadać oferty wariantowe. Oceniając równoważność oferty wariantowej należy brać pod uwagę kryteria ekonomiczne, techniczne, organizacyjne lub funkcjonale opisane w SIWZ. Obok kosztów bezpośrednich (cenowych) należy przede wszystkim brać pod uwagę koszty pośrednie, takie jak np. wytrzymałość, koszty eksploatacji, serwisu itp. Obowiązek wykazania równoważności rozwiązania

[120] Wicik Grzegorz, *Oferta wariantowa*, „Prawo Zamówień Publicznych" Nr 1 (12) marzec 2007, s. 28

wariantowego spoczywa na wykonawcy. Równoważność powinna wynikać z samej treści oferty wariantowej. Zamawiający jest zobowiązany jedynie do weryfikacji informacji podanych przez wykonawcę na podstawie ogólnodostępnych źródeł. Zamawiający nie może w szczególności uzupełniać braków w opisie rozwiązania wariantowego, w drodze wyjaśnień treści oferty.
Oferta wariantowa nie jest równoważna, jeżeli nie dorównuje pod względem technicznym, ekonomicznym, organizacyjnym lub funkcjonalnym rozwiązaniu podstawowemu. Przykładowo, nie spełniają warunków SIWZ rozwiązania wariantowe:
- oparte na gorszych materiałach;
- o mniejszym zakresie rzeczowym w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia;
- o przedłużonym okresie realizacji zamówienia;
- proponujące klauzule umowne nie przewidziane przez zamawiającego;

Ofertę wariantową należy uznać za równoważną, gdy zawiera propozycje zastosowania innych, ale co najmniej równoważnych materiałów, innych technologii (np. automatyczne sterowanie urządzeniem w miejsce ręcznego), dodatkowego wyposażenia lub prac zwiększających zakres zamówienia itp.

2.7.Postępowanie z ofertami, które wpłynęły po terminie

Jeżeli ofertę złożono po terminie, Sekretarz Komisji Przetargowej przygotowuje do tego wykonawcy pismo na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 59** informujące go o tym fakcie. Pismo to po zaakceptowaniu przez Komisję Przetargową akceptuje i podpisuje Pełnomocnik. Po upływie terminu przewidzianego na wniesienie protestu, ofertę tą bez otwierania zwraca się wykonawcy. Z uwagi na fakt, że na uznanie oferty za złożoną po terminie służy wykonawcy prawo do wniesienia protestu, ustawa nakazuje zamawiającemu zatrzymać tę ofertę (ale nie wolno jej otwierać) przez okres przysługujący wykonawcy na wniesienie protestu. Wydaje się słusznym pogląd – dla sytuacji, w których oferta została złożona po terminie do składania ofert lecz przed terminem ich otwarcia – że termin na wniesienie protestu biegnie od chwili otwarcia ofert. W takiej bowiem sytuacji fakt nie otwarcia oferty powoduje, że wykonawca może dowiedzieć się o uznaniu jego oferty za złożoną po terminie.

2.8. Żądanie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert

Stosownie do postanowień **art. 87 ust. 1 ustawy** w toku badania i oceny ofert Komisja Przetargowa może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących **treści złożonych ofert**. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Komisją Przetargową a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz za wyjątkiem poprawiania oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treściom. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (**art. 87 ust. 1a ustawy**). Należy pamiętać, że stosownie do postanowień **art. 9 ust. 1 ustawy** postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w **ustawie**, **prowadzi się zachowaniem formy pisemnej.** Żądając od wykonawców wyjaśnień na temat treści oferty Komisja Przetargowa powinna wyznaczyć im odpowiedni termin z uwzględnieniem czasu na ich udzielenie. Po bezskutecznym upływie tego terminu Komisja Przetargowa przystępuje do badania i oceny ofert wyłącznie w oparciu o dane objęte treścią oferty, które są dla niej zrozumiałe (art. 60 Kc). Oświadczenie woli bowiem należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego (dobre obyczaje) oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 Kc).
Jeżeli Komisja Przetargowa ma wątpliwości co do treści złożonej oferty, przygotowuje wniosek do wykonawcy na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 60.** Wniosek akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.

2.9. Poprawianie oczywistych omyłek pisarskich

Art. 87 ust. 2 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w tekście oferty oczywistych omyłek pisarskich. Komisja Przetargowa stwierdzając w tekście oferty omyłki pisarskie, które są omyłkami oczywistymi, dokonuje ich poprawienia, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Na tą okoliczność Komisja Przetargowa sporządza zawiadomienie na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 61.** Zawiadomienie akceptuje i podpisuje Pełnomocnik. Sekretarz Komisji przesyła niezwłocznie podpisane zawiadomienie wszystkim wykonawcą, którzy złożyli oferty.

2.9.1. Definicja oczywistej omyłki pisarskiej

Zgodnie z art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zamawiający poprawia w tekście ofert oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.
Pojęcie „oczywistych omyłek pisarskich", występujące zarówno na gruncie procedury cywilnej, jak i administracyjnej, stanowi materię obszernego orzecznictwa oraz było wielokrotnie przedmiotem uwagi komentatorów, i co do zasady nie budzi wątpliwości interpretacyjnych.
W orzecznictwie i piśmiennictwie powszechnie przyjęta jest teza, że oczywista omyłka to widoczne, niezgodne z zamierzonym, niewłaściwe użycie wyrazu, widoczna mylna pisownia czy też opuszczenie jakiegoś wyrazu. Wszystkie wymienione wyżej wady charakteryzuje cecha „oczywistości" (gdzie „oczywista" znaczy „bezsporna, nie budząca wątpliwości). Oznacza to, że są to błędy widoczne na pierwszy rzut oka, bez potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek dodatkowych badań czy ustaleń[121]. Jak podkreśla Paweł Granecki[122] oczywista omyłka pisarska jest pojęciem ustawowym, w **ustawie** niezdefiniowanym. Dlatego też do określenia jej treści należy posługiwać się wykładnią dokonywaną przez judykaturę. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach[123] z 27 lipca 2005 r.oczywistą omyłką jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Jak zwykle jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo – redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego. Poprawienie omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Jednakże w tym punkcie należy zaznaczyć, że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkować zmianą treści oferty, lecz jedynie w znaczeniu technicznym (np. poprawienie „o" na „a"). Ważnym jest, aby w wyniku tej czynności nie zmieniła się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli. Oczywistej omyłki pisarskiej nie należy bowiem utożsamiać z błędami w zakresie składania oświadczeń woli. Przykładowo, można wskazać, iż nie jest dopuszczalne poprawienie zwrotu „do dnia wystawienia faktury" na zwrot „do dnia otrzymania faktury", gdyż spowodowałoby to niedopuszczalną zmianę oświadczenia woli. Dopuszczalna jest natomiast korekta omyłki wynikłej z nieprawidłowego użycia klawiatury komputera, polegająca na pisaniu znak „0" zamiast „)"[124] W orzecznictwie zespołów arbitrów za oczywistą omyłkę pisarską można uznać niezamierzone opuszczenie wyrazu lub wyrazów, jeżeli oczywistość tej omyłki nie budzi wątpliwości i można ją poprawić bez żądania dodatkowych wyjaśnień od składającego ofertę i ingerencji w jej treść[125]. Zespół Arbitrów nie podziela argumentacji odwołującego się wykonawcy, że oczywistość tej omyłki podważa fakt, iż zamawiający przy jej poprawianiu zmuszony był do porównania pozycji nr 12

---

[121] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 grudnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 2255/04, publ. www.uzp.gov.pl
[122] Granecki Paweł, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz,* C.H.Beck Warszawa 2007, s. 246 -247.
[123] Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 lipca 2005 r., sygn. akt IV Ca 340/05, niepubl.
[124] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 2280/04, publ. www.uzp.gov.pl
[125] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 13/07, publ. www.uzp.gov.pl

przedmiaru robót z pozycją nr 12 kosztorysu ofertowego, stanowiącego integralną część oferty odwołującego.

2.10. Poprawianie omyłek rachunkowych

Art. 87 ust. 2 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w tekście oferty omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. **Art. 88 ustawy** zawiera definicję omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Wskazuje on bowiem, jakie błędy w obliczeniu ceny zamawiający musi poprawić. Bardzo istotne znaczenie w praktyce ma narzucony obowiązek informowania o fakcie poprawienia omyłki wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. W zakresie sposobu i ilości przekazywanych informacji ustawodawca nie podzielił bowiem wykonawców na tych, którzy popełnili omyłki rachunkowe i innych wykonawców. W praktyce każdy z wykonawców, który złożył ofertę, powinien otrzymać informację o poprawieniu omyłki rachunkowej w tekście oferty – swojej i konkurentów. Wiedza o tym fakcie jest dla niektórych wykonawców bardzo cenna, ponieważ **art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy** nakłada na każdego zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, między innymi gdy wykonawca w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny.
W wyniku nowelizacji ustawy w 2007 r. w art. 88 dodany został ust.2 zgodnie z którym zamawiający poprawiając omyłki rachunkowe zgodnie z art. 88 ust.1, uwzględnia konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek. Przykładowo zamawiający zobowiązał wykonawcę do podania w ofercie:
- cen jednostkowych netto,
- liczby jednostek miar,
- iloczynu cen jednostek netto i liczby jednostek miar,
- stawki VAT i ceny brutto.

W ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny netto. Jego skutkiem będzie także złe obliczenie ceny brutto. Na podstawie **art. 88 ust.1 pkt 1a ustawy** Komisja Przetargowa ma możliwość poprawy ceny netto oraz w konsekwencji – cenę brutto (jeżeli wykonawca podał w ofercie prawidłową stawkę VAT).
Wykonując obowiązek ustawowy, Komisja Przetargowa poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, w sposób określony w **art. 88 ustawy,** zawiadamiając o tym fakcie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 62.** Zawiadomienie akceptuje i podpisuje Pełnomocnik. Sekretarz Komisji przekazuje niezwłocznie podpisane zawiadomienie, wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty.

2.10.1. Cena ryczałtowa a kosztorys ofertowy

W odniesieniu do ceny ryczałtowej zamawiający poprawia omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny w ten sposób, iż w przypadku oferty określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego części przyjmuje, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. **Ustawa** nie zawiera definicji legalnej „ceny ryczałtowej", natomiast pojęcie „wynagrodzenie ryczałtowe" występuje w art. 632 Kc. Ustawodawca posłużył się tym określeniem w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy dzieła (przyjmującego zamówienie) na podstawie umowy o dzieło. Można przyjąć, iż „wynagrodzenie ryczałtowe" z art. 632 § 1 Kc oraz „cena ryczałtowa" z **art. 88 pkt 3 lit. a ustawy** dotyczą tego samego desygnatu[126]. W piśmiennictwie twierdzi się, iż wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotą stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zamawiający ustalając wynagrodzenie ryczałtowe wyraźnie lub w sposób dorozumiały zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie domagać się zapłaty wynagrodzenia

[126] Baehr Jerzy,Czajkowski Tomasza red.,Dzierżanowski Włodzimierz,Kwieciński Tomasz,Łysakowski Waldemar, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Wydanie drugie, UZP Warszawa 2006, s.229

wyższego. Zdaniem Sądu Najwyższego[127] ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumiałej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego. Jeżeli zamawiający zapisał w SIWZ i we wzorze umowy iż cena oferty winna być traktowana jako cena ryczałtowa, oznacza to wówczas , że zarówno przedmiar robót jak też kosztorys ofertowy, załączone do oferty, mają znaczenie informacyjne, pomocnicze[128]. Oznacza, że jeżeli wykonawca w kosztorysie ofertowym nie uwzględnił jakiejś pozycji zawartej w przedmiarze robót lub kosztorys ofertowy zawiera błędy w obliczeniu ceny, to błędy te nie stanowią o cenie oferty. Liczy się wówczas wyłącznie cena ryczałtowa podana w ofercie przez wykonawcę. W innym postępowaniu również zamawiający wymagał aby wykonawcy podali w swoich ofertach ceny ryczałtowe. Zespół Arbitrów stwierdził[129], iż oznacza to, że jedynym wskaźnikiem odnośnie ceny jest ostateczna cena podana w ofercie. Niezależnie od kolejności elementów ujętych w kosztorysie bądź ujęcia ich w różnych pozycjach kosztorysu, wykonawca może domagać się tylko takiego wynagrodzenia jakie podał w ofercie i tylko po zrealizowaniu całości dzieła, niezależnie od tego ile czynności należało wykonać aby zamówienie zostało zrealizowane. Zdaniem Zespołu Arbitrów domaganie się przez Zamawiającego kosztorysu może mieć uzasadnienie tylko jako materiał informacyjno- pomocniczy. Przy cenie ryczałtowej kosztorys nie może być podstawą do oceny ofert, stąd rację ma zamawiający twierdząc, że domagał się kosztorysu ale tylko w funkcji kontrolnej i informacyjnej. Oczywiście nie jest możliwe na podstawie poszczególnych pozycji w kosztorysie ocenić czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, bowiem przy cenie ryczałtowej można oceniać tylko cenę ostateczną. Poszczególni wykonawcy mogli zatem sporządzić kosztorysy metoda uproszczoną, z różną dokładnością miejsc po przecinku oraz umieszczać w kosztorysach cenę 0 za poszczególne elementy. Tego typu działania nie stanowiły przeszkody dla przyjęcia, że tak złożone oferty są ważne. Powyższe ustalenia muszą prowadzić do wniosku, że oferta firmy jest ofertą ważnie złożoną. Zamawiający w prawidłowy sposób dopuścił tą ofertę do procesu oceny. Taka oferta, jako wygrywająca, uznana za ważną powoduje, że w zasadzie Odwołujący nie ma już interesu prawnego do wnoszenia zarzutów w stosunku do pozostałych ofert. Jednakże zarzuty te również nie zasługują na uwzględnienie, gdyż opierają się na niewłaściwym interpretowaniu terminu „cena ryczałtowa". Skoro nawet poszczególni wykonawcy nie wycenili pewnych robót w swoich ofertach, to i tak nie mogą domagać się wynagrodzenia wyższego, bądź niższego od tego które podali w ofertach, stąd oferty te Zamawiający miał prawo dopuścić i oceniać.
Przy wynagrodzeniu ryczałtowym należy pamiętać o kilku zasadach:
Po pierwsze, zamawiający nie musi żądać sporządzenia kosztorysu ofertowego.
Po drugie, wynagrodzenie za faktycznie wykonany przedmiot zamówienia nie może ulec zwiększeniu. Nie mogą więc wystąpić tzw. protokoły konieczności i aneksy do umów, zwiększające cenę robót.
Po trzecie, praktycznie nie ma możliwości obniżenia wykonawcy, wynikającego z ceny oferowanej nawet w przypadku, gdy wykonawca nie wykonywał pewnych czynności, ale wykonał przewidziany przewidziany w umowie obiekt – liczy się rezultat.
Po czwarte, rozliczenie robót odbywa się tzw. fakturami częściowymi, wystawianymi po wykonaniu i odebraniu danego zakresu (etapu) robót, określonego w harmonogramie rzeczowo – finansowym wykonywania robót. Harmonogram jest podstawą do rozliczenia robót.
Po piąte, należy pamiętać, że jest to wynagrodzenie obarczone dużym ryzykiem związanym z faktycznym rozmiarem prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i ich faktycznym kosztem. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej oraz przedmiarów robót, jak również wszelkie koszty w nich ujęte, bez których nie można wykonywać zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia – musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia.

---

[127] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt II CRN 913/07, publ.LexPolonica
[128] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 maja 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 1201/06, publ. www.uzp.gov.pl
[129] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 430/06, publ. www.uzp.gov.pl

2.11. Przesłanki wykluczenia z postępowania[130]

Choć **ustawa** nie zawiera takiej normy, z szeregu jej przepisów należy wywieść zasadę, **że zamówienie może otrzymać wyłącznie wykonawca dający rękojmię jego należytego wykonania** (rękojmię w potocznym tego słowa znaczeniu). Celem **ustawy** nie jest wybór najkorzystniejszej oferty, lecz wykonanie zamówienia na możliwie najkorzystniejszych warunkach. Dlatego nie jest prawdą, że przetarg nieograniczony może wygrać każdy zainteresowany podmiot. Choć każdy wykonawca może złożyć ofertę (**art. 39 ustawy**), to jednak uzyskać zamówienie może tylko taki wykonawca, który wykaże zdolność jego realizacji.
Instytucją służącą eliminacji niewiarygodnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest **wykluczenie wykonawcy. Ustawa** szczegółowo wymienia formalne przesłanki wykluczenia wykonawcy (**art. 24 ustawy**) a także określa ramy, w których zamawiający powinien sformułować warunki materialne udziału w postępowaniu (**art. 22 ust.1 pkt 2 – 3 ustawy**) .
Niespełnienie jakiekolwiek warunku udziału w postępowaniu (formalnego lub materialnego) musi skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, co z kolei wiąże się z uznaniem jego oferty za odrzuconą. Innymi słowy, warunkiem rozpatrywania merytorycznego oferty jest wykazanie przez wykonawcę, że jest on w stanie wypełnić przyjmowane na siebie zobowiązanie.
Komisja Przetargowa nie może żądać dokumentów, o których nie było mowy w SIWZ podkreślili arbitrzy[131] w wyroku z 26 października 2004 r. W postępowaniu na remont i rozbudowę szkoły zamawiający zażądał w SIWZ, aby wykonawcy dołączyli do oferty „informacje o osobach i ich kwalifikacjach niezbędnych do wykonania zamówienia". Przedsiębiorca biorący udział w tym postępowaniu złożył taką informację, ale nie dołączył numerów uprawnień i zaświadczeń o wpisie do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa. Zdaniem zamawiającego brak tych dokumentów oznaczał, że nie potwierdzono kwalifikacji osób mających wykonać zamówienie i dlatego ofertę należało odrzucić. Wykonawca złożył protest, a później odwołanie, w którym podkreślił, że zamawiający nie sprecyzował w SIWZ, jakie dokumenty należy przedstawić, aby informacje o uprawnieniach personelu uznano za wystarczające. Dlatego - jego zdaniem – nie można było odrzucić jego oferty. Arbitrzy przyznali rację przedsiębiorcy. Odrzucenie oferty, która ściśle trzymała się zapisów SIWZ, stoi w ewidentnej sprzeczności z **art. 25 ustawy.** Stanowi on, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert.
Formalne warunki udziału w postępowaniu nie zależą od woli zamawiającego. **Ustawa** szczegółowo określa te warunki i wymaga ich stosowania w każdym postępowaniu, niezależnie od trybu i niezależnie od wartości zamówienia. Formalne warunki udziału w postępowaniu można podzielić na dwie grupy:
1) warunki ogólne ubiegania się o zamówienia publiczne, oraz
2) warunki rozpatrzenia oferty w konkretnym postępowaniu.

2.11.1. Ogólne warunki formalne

Warunki ubiegania się o zamówienie publiczne zostały określone w **art. 24 ust. 1 pkt 1- 9 ustawy.** Na mocy tego przepisu wykluczeniu podlegają:

1. Wykonawcy, 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

[130] Szerzej na ten temat: Klimek Karol – Pełnomocnik Zarządu Powiatu Pabianickiego ds. Zamówień Publicznych *Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, Opracowanie na potrzeby szkoleniowe Starostwa Powiatowego w Pabianicach z dnia 14 kwietnia 2007 r, stron 252
[131] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 26 października 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 1778/04, publ.www.uzp.gov.pl

wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Przepis ten podlegał w przeszłości modyfikacjom skutkującym daleko idącym różnicom w zakresie jego stosowania. Obecnie wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy jednocześnie:

- **nie wykonali zamówienia lub wykonali zamówienie nienależycie**. Niewykonanie zamówienia polega na zaprzestaniu realizacji umowy przed jej zakończeniem, niezależnie od tego, czy doszło do odstąpienia od umowy, czy do jej wypowiedzenia, czy do faktycznego zaprzestania (przerwania) realizacji. Nie jest również ważne, czy od umowy odstąpił wykonawca, czy zamawiający. Problem należytego wykonania zamówienia należy rozpatrywać na gruncie prawa cywilnego i ustalonego w doktrynie sposobu rozumienia należytej staranności przy wykonywaniu wszelkich zobowiązań. Wykonawca jako profesjonalista zobowiązany jest do realizacji zobowiązań z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. W obu przypadkach (niewykonanie lub nienależyte wykonanie) decydującym czynnikiem jest odpowiedzialność wykonawcy. Jeżeli powodem niewykonania (lub nienależytego wykonania) zamówienia są okoliczności niezależne od wykonawcy (przyczyny występujące po stronie zamawiającego, siła wyższa lub inne okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności) nie będzie przesłanki do jego wykluczenia.
- **wyrządzili szkodę i jej dobrowolnie nie naprawili**. Niewykonanie (nienależyte wykonanie) zamówienia musi skutkować wyrządzeniem szkody. Również przy interpretacji pojęcia szkody należy odnieść się do przepisów i opinii wyrażanych na gruncie prawa cywilnego. Zwrócić należy uwagę, iż przepis nie wymaga, aby szkoda była wyrządzona zamawiającemu. Sytuację wyłączającą stosowanie przepisu jest dobrowolne naprawienie szkody (zapłacenie kar umownych, zapłata odszkodowania itp.) przed dniem wszczęcia postępowania.

2. Wykonawcy, w stosunku do których **otwarto likwidację** lub których **upadłość ogłoszono**, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego. Firmy takie, z przyczyn oczywistych, nie mogą być uznane za wiarygodnych wykonawców zamówień publicznych.

3. Wykonawcy, 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. Okolicznością wyłączającą stosowanie tej przesłanki jest uzyskanie odroczenia lub rozłożenia na raty (rzadziej zwolnienia) zaległości. Należy w tym celu zwrócić się z prośbą do odpowiedniego organu.

4. Wykonawcy, których **prawomocnie skazano** za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Ustawa wymienia osobno przesłanki wykluczenia wykonawców działających w różnych formach prawnych (osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, spółki jawne, spółki partnerskie, spółki komandytowe oraz komandytowo – akcyjne oraz osoby prawne) tak, aby objąć działaniem przepisu właściwe osoby. Zakres przestępstw stanowiących podstawę wykluczenia należy określać na gruncie prawa karnego.

5. Podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł **zakaz ubiegania się o zamówienia**, na Podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. „Dodatkową" sankcją za popełnione przez konkretne osoby występujące w imieniu podmiotów zbiorowych (np. spółek) określonych ustawą czynów może być zakaz

ubiegania się przez te podmioty o zamówienie publiczne. Jak dotychczas, nie są znane przypadki takich orzeczeń.

6. Wykonawcy, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w **art. 22 ust. 1 pkt 1- 3**. Przesłanka ta przywołuje materialne przyczyny wykluczenia wykonawców, o których będzie mowa niżej.

2.11.2. Warunki formalne skutkujące wykluczeniem z konkretnego postępowania

Oprócz ogólnych przesłanek wykluczenia z każdego postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku konkretnego postępowania może dojść do wykluczenia wykonawcy z uwagi na niespełnienie innych jeszcze warunków formalnych. Zgodnie z **art. 24 ust. 2 ustawy** wykluczeniu podlegają:

1. Wykonawcy, którzy **wykonywali bezpośrednio czynności** związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania **lub posługiwali się** w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Przepisu tego nie stosuje się do wykonawców biorących udział w konkursie, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia (**art. 62 ust. 1 pkt 2 ustawy**) lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej (**art. 67 ust.1 pkt 2 ustawy**),a także w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy dostawy mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę (**art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy**). Oczywistym jest, że osoba uczestnicząca w przygotowaniu postępowania ma dostęp do informacji w szerszym zakresie i znacznie wcześniej od pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Dopuszczenie, aby podmiot taki ubiegał się o to zamówienie lub pomagał jednemu z wykonawców w sporządzeniu oferty byłoby ewidentnym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Należy zwrócić uwagę, że przepis ten rzutuje na funkcjonowanie firm projektowych i projektowo – wykonawczych. Sporządzenie projektu uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu na wykonanie robót na podstawie tej dokumentacji.
2. Wykonawcy, którzy **złożyli nieprawdziwe informacje** mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykluczenie z postępowania nie jest jedyną sankcją za składanie fałszywych informacji w jego trakcie. Ustawodawca odstąpił, co prawda, od dodatkowej sankcji w postaci utraty wadium, lecz w mocy pozostaje przepis art. 297 § 1 Kodeksu karnego „**kto w celu uzyskania dla siebie lub innej osoby kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego, przedkłada fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty albo nierzetelne, pisemne oświadczenia dotyczące okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania takiego kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5**” **. Tej samej karze podlega, kto wbrew ciążącemu na nim obowiązku nie powiadamia właściwego organu lub instytucji o powstaniu okoliczności mogących mieć wpływ na wstrzymanie lub ograniczenie wysokości udzielonego kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego.**
3. Wykonawcy, którzy **nie złożyli** oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, **z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy**. W celu wykazania warunków podmiotowych, zarówno formalnych jak i materialnych (merytorycznych), wykonawcy zobowiązani są przedłożyć zamawiającemu szereg dokumentów. Niezłożenie wymaganego dokumentu skutkuje niemożnością dokonania kwalifikacji wykonawcy (oceny, czy spełnia on postawione wymagania, czy też nie). W tej sytuacji Komisja Przetargowa obowiązana jest wykluczyć wykonawcę z postępowania. **Ustawa** przewiduje w **art. 26 ust. 3** pewien wyjątek.

4. Wykonawcy, którzy **nie wnieśli wadium,** w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Niewniesienie wadium, wniesienie wadium po terminie lub w niewłaściwej formie skutkuje wykluczeniem z postępowania. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na zapis **art. 45 ust. 7 ustawy, który stanowi że: „wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego". Wyrażony w tym artykule obowiązek bezgotówkowego rozliczenia wadium w drodze przelewu bankowego wyklucza dokonywanie wpłat gotówkowych na rachunek zamawiającego chociażby w jego banku.** W świetle art. 63 ust.1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe[132], rozliczenia pieniężne przeprowadza się gotówkowo lub bezgotówkowo. Rozliczenia gotówkowe przeprowadza się czekiem gotówkowym lub przez wpłatę gotówki na rachunek wierzyciela. Rozliczenia bezgotówkowe przeprowadza się w szczególności: poleceniem przelewu, poleceniem zapłaty, czekiem rozrachunkowym, kartą płatniczą. Uznać zatem należy, że ustawodawca, wymieniając w przepisie **art. 45 ust. 7 ustawy** spośród możliwych form rozliczeń pieniężnych jedynie przelew, wyłączył możliwość dokonania operacji wpłaty wadium w inny sposób. Świadczy o tym także jednoznaczne, nie pozostawiające wyboru określenie „**wpłaca przelewem".** W związku z powyższym wadium w postaci wpłaty gotówkowej na rachunek zamawiającego należy uznać za niedopuszczalną przez prawo formę zabezpieczenia oferty, co powinno skutkować **wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.**
Dyspozycja przelewu nie oznacza jeszcze wniesienia wadium. Pieniądze muszą znaleźć się na koncie zamawiającego[133].
W przetargu organizowanym przez szpital uniwersytecki w Krakowie przedsiębiorcy musieli wnieść 15 tys. zł wadium. Jedna z firm wydała dyspozycję przelewu, ale okazało się, że nie dotarł on na czas. Otwarcie ofert wyznaczono na 7 lipca o godz. 10. Tymczasem pieniądze zostały zaksięgowane na koncie zamawiającego o godz. 11.56.
Urzędnicy odpowiedzialni za ten przetarg uznali, że wadium nie zostało złożone i wykluczyli przedsiębiorcę. Ten zaprotestował, powołując się na prawo bankowe. Tłumaczył, że zgodnie z art. 63c tej ustawy polecenie przelewu stanowi dyspozycję dłużnika obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tej kwoty na rachunku wierzyciela.
- Z powyższego nie wynika jednak, że wskutek udzielenia samej dyspozycji dłużnika następuje transfer środków pieniężnych na rachunek beneficjenta. Bez znaczenia pozostaje tutaj okoliczność, że złożenie polecenia przelewu zawiera nie tylko dyspozycję obciążenia rachunku dłużnika, lecz także dyspozycję uznania odpowiednią kwotą rachunku uprawnionego. Przepisy prawa zamówień publicznych wymagają bowiem, by w momencie upływu terminu składania ofert środki na zabezpieczenie znajdowały się w dyspozycji zamawiającego, czyli były na jego koncie - uzasadniła oddalenie odwołania Honorata Łopianowska, przewodnicząca zespołu arbitrów, który rozstrzygał ten spór. Powołała się na art. 45 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że wadium winno być wniesione przed upływem terminu składania ofert[134].
Również odmowa przedłużenia związania ofertą lub nieprzedłużenie ważności wadium musi skutkować wykluczeniem wykonawcy. Oferta winna być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, stąd przerwa w zabezpieczeniu (ważności wadium) jest niedopuszczalna. Jedynym wyjątkiem jest upływ ważności wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej a przed zawarciem umowy z przyczyny niezakończonej kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa Urzędu (**art. 168 ust. 6 ustawy).**
Wadium musi być wniesione na cały okres związania ofertą. Jeśli jego ważność upływa przed terminem związania ofertą, to zamawiający musi wykluczyć wykonawcę z

---

[132] Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.
[133] Wikariak Sławomir, *Liczy się moment zaksięgowania pieniędzy*, „Rzeczpospolita" z 14 sierpnia 2006 r.
[134] Wyrok Zespołu Arbitrow z dnia 8 sierpnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 2217/06, publ. www.uzp.gov.pl

przetargu – głosi Wyrok Zespołu Arbitrów[135] z dnia 27 października 2004 r.

2.11.3. Warunki materialne (merytoryczne)

Jak wspomniano, zasada ustawową jest, iż żadnego zamówienia nie powinien uzyskać wykonawca, który nie wykaże, że jest w stanie je należycie wykonać. Spełnienie warunków formalnych jest koniecznym, lecz niewystarczającym potwierdzeniem wiarygodności wykonawcy. Dlatego też podstawowe znaczenie dla dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest spełnienie warunków materialnych (merytorycznych). Z uwagi na fakt, iż **ustawą** objęte są bardzo różne zamówienia, nie może ona określać szczegółowo warunków materialnych, jakie muszą spełniać wykonawcy. **Ustawa** określa jedynie ramy, w których winien poruszać się zamawiający stawiając wymagania materialne – **art.22 ust. 1 pkt 2 – 3**.
Niespełnienie przez wykonawcę określonych w SIWZ warunków materialnych skutkuje jego wykluczeniem z postępowania a tym samym odrzuceniem jego oferty.

2.12. Wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów

Jeżeli wykonawcy nie złożyli w określonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, lub złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania (**art. 26 ust. 3 ustawy**). Należy pamiętać, że oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zgodnie ze zmianami wprowadzonymi nowelizacją ustawy z 13 kwietnia 2007 r.,uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów oraz poprawienie błędów powinno nastąpić nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jak termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.
Pełnomocnik na wniosek Komisji Przetargowej wzywa wykonawców, do uzupełnienia tych dokumentów w wyznaczonym terminie. Komisja Przetargowa przygotowuje wezwanie na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 63** i przekazuje do zatwierdzenia i podpisania Pełnomocnikowi.

2.13. Przesłanki odrzucenia oferty[136]

Ustawa zawiera w **art. 89 ust. 1** katalog przesłanek, których zaistnienie musi spowodować odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ubiegającego się o wykonanie zamówienia. Podkreślić należy, iż zaistnienie którejkolwiek z okoliczności wskazanych w przepisie stwarza konieczność odrzucenia oferty. Przepis ten ma charakter obligatoryjny. Odrzucenie oferty jest elementem czynności oceny ofert. W zakres wchodzi badanie wiarygodności wykonawcy, zgodności treści oferty ze SIWZ.

2.13.1.Niezgodność z ustawą – art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy

Zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp). Przez ofertę niezgodną z ustawą należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień (art. 7-9), jak też z poszczególnymi przepisami ustawy, z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie

---

[135] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 października 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 1806/04, publ. www.uzp.gov.pl
[136] Szerzej na ten temat: Klimek Karol– Pełnomocnik Zarządu Powiatu Pabianickiego ds. Zamówień Publicznych. *Odrzucenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,* opracowanie na potrzeby szkoleniowe Starostwa Powiatowego w Pabianicach z dnia 10 kwietnia 2007 r.,265 stron

ustawy, a także z przepisami aktów prawnych, do których ustawa się odwołuje[137]. Dlatego za nietrafny należy uznać spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, iż w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp ustawodawca nie wskazał na niezgodność z prawem zamówień publicznych sensu stricto, lecz odniósł się do niezgodności z systemem prawa obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej wyrażonym w obowiązujących ustawach. Ilekroć ustawodawca w akcie prawnym posługuje się pojęciem „ustawa" bez bliższego określenia, należy takie pojęcie rozumieć zawsze jako określające ustawę w której takie pojęcie się znalazło. Wniosek taki wypływa z zasad techniki prawodawczej. Twierdzenie to nie stoi w sprzeczności z tym, co zostało wyrażone wyżej, iż w przepisie mowa jest również o przepisach aktów wykonawczych do ustawy oraz aktach prawnych, do których ustawa się odwołuje w zakresie odwołania. Jest tak, ponieważ przepisy wykonawcze do ustawy wydawane są wyłącznie na podstawie upoważnienia w niej zawartego i służyć mają jej wykonaniu. Oznacza to tylko tyle, iż pomiędzy ustawą i aktami wykonawczymi zachodzi związek funkcjonalny, polegający na doprecyzowaniu jej treści wszędzie tam, gdzie ustawodawca upoważnił do tego organy wydające dany akt wykonawczy. W drugim natomiast przypadku mamy do czynienia z techniką legislacyjną polegającą na posługiwaniu się w akcie prawnym odesłaniami do innych przepisów prawa. Oczywiście ustawodawca mógłby zawrzeć w ustawie odsyłającej treści zawarte w ustawie, do których odsyła, decyduje się jednak na posłużenie odesłaniem, co jest zgodne z zasadami techniki prawodawczej, które zabraniają powtarzania przepisów zamieszczonych w innych ustawach
Niezgodność oferty z ustawą powoduje konieczność jej odrzucenia.

2.13.2.Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Badanie oferty pod kątem zgodności treści oferty ze SIWZ oznacza badanie oferty przede wszystkim pod kątem zgodności opisanego w ofercie przedmiotu świadczenia z przedmiotem zamówienia zawartym w SIWZ.
Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest zatem najważniejszą czynnością zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zarówno w interesie zamawiającego, jak i wykonawców leży, by opis przedmiotu zamówienia był wyczerpujący (kompletny), uwzględniający wszystkie wymagania stawiane przez zamawiającego oraz wszystkie czynniki mogące mieć wpływ na cenę oferty.
Godną polecenia metodą umożliwiającą porównanie opisu przedmiotu zamówienia z przedmiotem oferty jest sporządzenie przez zamawiającego opisu parametrów z żądaniem jednoczesnego podania parametrów oferowanych. Można to zrobić za pomocą wypełnienia przez zamawiającego części formularza zawierającego opis wymagań zamawiającego z narzuceniem wymogu wypełnienia pozostałej części formularza, w której wykonawca ma za zadanie wpisać oferowane parametry. Zamawiający powinien pamiętać, iż parametry mogą mieć postać zarówno bardzo konkretną, jak i graniczną (wyrażoną w postaci minimalnej czy maksymalnej). Należy wyraźnie wskazać, które z parametrów mają taki, a które inny charakter.
Oferta kolidująca co do treści z postanowieniami SIWZ to nie to samo co uchybienie w zakresie sposobu jej opakowania, oznakowania, kompletacji, numeracji stron itd. Te wszystkie uchybienia porządkowe nie mieszczą się w „treści oferty". Nie wolno zatem Komisji Przetargowej z powodu tego rodzaju uchybień odrzucić oferty. Uchybienia co do treści oferty dotyczą wyłącznie elementów zawartego w niej oświadczenia woli, które podlegają wykładni zgodnie z regułą art. 65 § 1 Kc.

2.13.3. Czyn nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy

Czynem nieuczciwej konkurencji są, zgodnie z definicją zawartą w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3), działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

---

[137] Baehr Jerzy, Czajkowski Tomasza red., Dzierżanowski Włodzimierz, Kwieciński Tomasz, Łysakowski Waldemar *Prawo zamówień publicznych.Komentarz* UZP Warszawa 2004, s.220

Czynem nieuczciwej konkurencji są w szczególności:
- wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa,
- fałszywe lub oszukańcze oznaczenia pochodzenia geograficznego towarów albo usług,
- wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług,
- naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa,
- nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy,
- naśladownictwo produktów,
- pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie,
- utrudnianie dostępu do rynku,
- przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną,
- nieuczciwa lub zakazana reklama,
- organizowanie systemu lawinowej.

Przez utrudnianie dostępu do rynku rozumie się między innymi sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.
Komisji Przetargowej nie wolno tolerować żadnych przejawów nieuczciwej konkurencji, a ponieważ w procesie udzielania zamówienia konkurowanie sprowadza się do jednorazowego aktu w postaci złożenia oferty, nie może ona dopuścić do merytorycznego porównania oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji.
W eliminacyjnym postępowaniu ofertowo – eliminacyjnym tolerowanie nieuczciwych praktyk jednego wykonawcy dyskryminuje automatycznie pozostałych wykonawców, co w efekcie jest szkodliwe dla interesów publicznych. Na tle wielu czynów nieuczciwej konkurencji liczące się znaczenie mają obecnie dwa przypadki, a mianowicie tzw. zmowa wykonawców bądź zaproponowanie rażąco niskiej ceny.
Zmowa (porozumienie) wykonawców polega zwykle na rezygnacji z konkurencji przy uzgodnieniu wysokości cen ofertowych. Jest realna na ogół w sytuacji, gdy wykonawcy zorientują się, że zamawiający nie dokonał należytego oszacowania wartości zamówienia i zachodzą możliwości podyktowania mu rażąco wysokich cen.

2.13.4. Rażąco niska cena – art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

Podstawą do odrzucenia oferty jest rażąco niska cena zaoferowanego wykonania przedmiotu zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca wyodrębnił tę sytuację w osobnym od poprzedniego punkcie, co wskazuje, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zawsze będzie rozpatrywane w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji.
Przyczyną wyraźnie niższej ceny może być albo nieuczciwa konkurencja, albo nierzetelność kalkulacji, co grozi niewłaściwym wykonaniem zamówienia w przyszłości, albo przewaga konkurencyjna danego wykonawcy, wynikająca np. z lepszych (tańszych) technologii, co oczywiście powinno być, odwrotnie niż w poprzednich przypadkach, powodem wyboru tej właśnie oferty.
Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu bez dania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Stąd ustawodawca, przed odrzuceniem takiej oferty, nakazuje zamawiającemu zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienia. Obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy.
W związku z powyższym Komisja Przetargowa winna wystąpić do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 64.** Wystąpienie do wykonawcy akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.
Komisja Przetargowa, 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.
Komisja Przetargowa odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana przez Komisję Przetargową ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Jeśli udzielone wyjaśnienia, według Komisji Przetargowej, potwierdzają, iż cena jest rażąco niska lub, gdy wykonawca nie udzieli wyjaśnień, zamawiający jest obowiązany ofertę taką odrzucić. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa UZP oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy społecznej.

2.13.5. Złożenie oferty przez wykonawcę wykluczonego lub niezaproszonego do składania ofert – art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy

Ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie **art. 24 ustawy,** uznaje się za odrzuconą. Komisja Przetargowa ma obowiązek dokonać czynności odrzucenia takiej oferty.
Ustawa wyraźnie rozróżnia i traktuje oddzielnie dwa typy operacji dokonywanych przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:
- sprawdzenie zdolności wykonawcy do wykonania danego zamówienia obejmująca ocenę podstaw wykluczenia wykonawcy, oraz
- badanie, ocena ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

Dzieje się tak niezależnie od tego, w jakim trybie prowadzone jest postępowanie. Zasady przeprowadzenia obu typów operacji zostały uregulowane w odrębnych przepisach. Tryb oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia uregulowany został w **Dziale II Rozdział I ustawy,** a wybór najkorzystniejszej oferty w **Dziale II Rozdział IV ustawy**. Pamiętać należy, że w trybach, w których wraz z ofertą składane są dokumenty potwierdzające spełnianie warunków podmiotowych, ocena zdolności do wykonania zamówienia obejmująca ocenę podstaw wykluczenia wykonawcy i ocena oferty odbywać się winny równocześnie.
Spośród wykonawców, którzy spełniają wymogi odnośnie zdolności do wykonania danego zamówienia, wybiera się tego wykonawcę, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Należy tu wyraźnie podkreślić odmienność obu tych operacji.
Oceniając zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, Komisja Przetargowa bierze pod uwagę wyłącznie cechy podmiotowe wykonawcy, w oderwaniu od złożonej przez niego oferty. Komisja Przetargowa bada, czy nie podlega on wykluczeniu z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przesłanek formalnoprawnych opisanych w **art. 24 ustawy,** czy też podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek merytorycznych opisanych w **art. 22 ustawy**, jako podmiot niezdolny do wykonania konkretnego zamówienia. W tym celu Komisja Przetargowa dokonuje analizy i oceny jego sytuacji finansowej i ekonomicznej, wiedzy i możliwości technicznych, a także sprawdza dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wynikiem powyższej oceny jest podział wykonawców na dwie oddzielne grupy:
- wykluczonych z przyczyn formalnych lub ocenianych jako niezdolnych do wykonania konkretnego zamówienia,
- niewykluczonych z przyczyn formalnych i ocenianych jako zdolnych do właściwego wykonania konkretnego zamówienia.

Badając, oceniając i wybierając najkorzystniejszą ofertę spośród złożonych ofert, należy pamiętać, że ocenie podlegają wyłącznie te oferty, które zostały złożone przez wykonawców zakwalifikowanych do grupy drugiej, czyli zdolnych do wykonania zamówienia. Komisja Przetargowa, jak wcześniej

wspomniano, bierze pod uwagę wyłącznie zawartość ofert w oderwaniu od cech podmiotowych wykonawcy. Wynikiem powyższej oceny jest:
- odrzucenie ofert niespełniających warunków zamówienia, oraz
- ułożenie pozostałych ofert od najkorzystniejszej do najmniej korzystnej.
Pamiętać należy o konieczności rozdzielenia kryteriów stosowanych w obu typach operacji i zakazie ich mieszania.

2.13.6. Omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny – art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy

Należy zwrócić uwagę, że odrzucenie oferty z uwagi na fakt błędnie obliczonej ceny, nastąpić może dopiero po stwierdzeniu przez Komisję Przetargową, że nie da się naprawić tego błędu poprzez poprawienie wyliczenia ceny na podstawie wskazanych przez ustawodawcę metod poprawy omyłek rachunkowych (**art. 88 ustawy). Nie może być uznana za omyłkę w obliczeniu ceny, błędnie ustalona stawka podatku VAT.**
Wyrok Zespołu Arbitrów[138] z dnia 29 października 2004 r. zastosowanie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki VAT oznacza błąd w obliczeniu ceny, a to skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

2.13.7. Wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej – art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy

Jeżeli wykonawca w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, nie zgodził się na jej poprawienie, jego oferta podlega odrzuceniu.

2.13.8. Nieważność na podstawie odrębnych przepisów – art. 89 ust.1 pkt 8

Komisja Przetargowa może odrzucić ofertę, jeśli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Przede wszystkim należy tutaj wskazać przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące wad oświadczenia woli (art. 82 i następne).
Przykładem oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów jest złożenie oferty niepodpisanej (art. 78 Kc). Do zachowania wymaganej przepisami **art. 82 ustawy** formy pisemnej konieczny jest własnoręczny podpis osoby składającej ofertę na dokumencie obejmującym treść oferty, która de facto stanowi oświadczenie woli.
Nieważna będzie ponadto oferta, która została złożona:
- przez osobę w stanie wyłączającym świadome podjęcie decyzji i wyrażenie woli,
- dla pozoru,
- pod wpływem błędu co do czynności prawnej,
- pod wpływem podstępu,
- pod wpływem groźby bezprawnej.

2.13.9. Czynności zamawiającego po odrzuceniu oferty

Obowiązki zamawiającego po odrzuceniu oferty zostały określone po nowelizacji kwietniowej w 2006 r. w znowelizowanym **art. 92 ustawy**.
1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:
1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, i uzasadnienie jej wyboru,

[138] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 października 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 1802/04, publ. www.uzp.gov.pl

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne,
3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne
- jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

2.Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zamieszcza informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, również na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.

Stosownie do przepisu **art. 92 ust. 1 ustawy** , w postępowaniu prowadzonym w trybie:

- przetargu nieograniczonego,
- negocjacji bez ogłoszenia,
- zapytania o cenę,

zamawiający musi zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne,
- wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, i uzasadnienie jej wyboru,
- wykonawcach, którzy zostali wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Obowiązek zawiadomienia wykonawców, o którym mowa, wynika z zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, a przypadku zawiadomienia wykonawcy odrzuconego i wykluczonego także z obowiązku zapewnienia im możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Obowiązek zawiadomienia wykonawców, o których mowa wyżej, stosuje się jedynie w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych w jednym z trzech trybów wymienionych w **art. 92 ust.1 ustawy**. Adresatami zawiadomień są wyłącznie wykonawcy, którzy złożyli oferty. Zawiadomienie powinno być przekazane wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Wprowadzenie obowiązku jednoczesnego, w tym samym czasie, zawiadomienia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze oferty najkorzystniejszej pozwoli na równoczesne i łączne rozpatrywanie ewentualnych protestów wniesionych w tym zakresie, a w efekcie skróci czas trwania procedur odwoławczych.

Zamawiający zbowiązany jest w przypadku odrzucenia oferty, zamieścić w zawiadomieniu nazwę wykonawcy, którego ofertę odrzucił oraz musi zamieścić stosowne uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnienie faktyczne

Uzadannienie faktyczne odrzucenia oferty powinno zawierać wszystkie okoliczności istotne dla odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania (zgodnie z **art. 24 ust.4 ustawy Pzp** ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą).Zamawiający musi w nim się odnieść do wszystkich dowodów dotyczących odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy, jakie zebrał w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie prawne

Z kolei w uzasadnieniu prawnym zamawiający musi wskazać i wyjaśnić podstawę prawną odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania. Powinien w nim szczegółowo i wyczerpująco uzasadnić, dlaczego odrzucając ofertę lub wykluczając wykonawcę z postępowania, zastosował określony przepis.

2.13.9.1. Przykład prawidłowo sporządzonego zawiadomienia w części dotyczącej odrzucenia Oferty

Zamawiający – Zarząd Powiatu Pabianickiego, Pabianice ul. Piłsudskiego 2, działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) zawiadamia, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na

dostawę..... ..... znak sprawy: , zostali wykluczeni a tym samym ich oferty stosownie do art. 24 ust.4 ustawy, zostały odrzucone:

- wykonawca X oraz
- wykonawca Y.

Uzasadnienie faktyczne:

W toku badania ofert komisja przetargowa stwierdziła następujący stan faktyczny:
- wykonawca X wniósł wadium w pieniądzu po upływie terminu składania ofert,
- wykonawca Y wniósł wadium w kwocie niższej, niż żądał tego zamawiający.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 45 ust. 3 i 7 ustawy wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. W postępowaniu terminem składania ofert był 7 grudnia 2006 r., godz. 8.30. Wniesienie wadium w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy zamawiającego było skuteczne z chwilą wpływu środków pieniężnych z tytułu wadium na ten rachunek przed upływem terminu składania ofert, tj. najpóźniej do 7 grudnia 2006 r., do godziny 8.30. Dopiero bowiem wpływ środków pieniężnych z tytułu wadium na rachunek bankowy powoduje, że zamawiający jest w posiadaniu wadium i oferta jest nim zabezpieczona. Wadium wykonawcy X wpłynęło na rachunek 7 grudnia 2006 r. o godz. 15.35, tj. po upływie terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający określa kwotę wadium w granicach od 0,5% do 3% wartości zamówienia. W postępowaniu zamawiający żądał wadium w kwocie 12.000 zł (2% wartości zamówienia). Wykonawca Y wniósł natomiast wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej seria nr wystawionej przez (nazwa zakładu ubezpieczeń) z sumą gwarancyjną 10.000 zł.

Wniesienie wadium po upływie terminu składania ofert, a także w kwocie niższej, niż żądał tego zamawiający, oznacza niewniesienie wadium. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium. W tym stanie sprawy wykonawca X oraz wykonawca Y zostali wykluczeni z postępowania. Ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy).

2.14. Przesłanki unieważnienia postępowania[139]

Przy procedurach ofertowo - eliminacyjnych (wszystkie za wyjątkiem wolnej ręki) ich uczestnicy pozostają prawnie związani warunkami i tokiem procedury, zamawiający od chwili jej ogłoszenia (zaproszenia do składania ofert), a wykonawcy od momentu przystąpienia do postępowania. Zamawiającemu nie wolno odwoływać ogłoszenia (zaproszenia) ani też zmieniać zadeklarowanych uprzednio warunków postępowania (wyjątek dotyczy sytuacji z art. 38 ust. 4-5 ustawy). Nie może też popadać w zwyczajną bezczynność (zasada celowości postępowania).

Przy udzielaniu zamówienia z wolnej ręki, po zaproszeniu do negocjacji (w rozumieniu przepisu **art. 72**), swobodnie dobranego wykonawcy, zamawiający powinien prowadzić pertraktacje w dobrej wierze, kierując się ogólnymi zasadami udzielania zamówień publicznych (**art. 7 i następne ustawy**.). Drugą stronę obciąża wyłącznie obowiązek lojalności. Każda ze stron może jednak swobodnie dysponować swoim uczestnictwem i propozycjami umownymi, ponieważ w świetle art. 72 aż do momentu zawarcia umowy wzajemne uzgodnienia stron nie są wiążące i bez ograniczeń można wycofać się z zawierania umowy.

[139] Szerzej na ten temat: Karol Klimek – Pełnomocnik Zarządu Powiatu Pabianickiego ds. Zamówień Publicznych. „*Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*". Opracowanie na potrzeby szkoleniowe Starostwa Powiatowego w Pabianicach z dnia 26 marca 2007 r., 201 stron.

W przypadkach enumeratywnie uregulowanych ustawą postępowanie może być unieważnione pomimo związania uczestników tokiem procedury zorientowanej na zawarcie umowy (art. 93 ust.1 ustawy).

Unieważnienie postępowania obejmuje cały proces wraz z wszelkimi jego elementami, począwszy od jego wszczęcia. Poszczególne czynności postępowania stają się bezskuteczne.

Lista podstaw unieważnienia postępowania obejmuje tylko takie okoliczności, które sprzeciwiają się wyraźnie zasadniczym celom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a mianowicie:

- nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu (postępowanie jest ważne z jedną ofertą),
- w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu,
- w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie zostały złożone oferty przez co najmniej dwóch wykonawców niepodlegających wykluczeniu,
- cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- w przypadkach, o których mowa w **art. 91 ust. 5 ustawy** ponownie zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie,
- nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1) **Nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu**

Nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, za wyjątkiem zapytania o cenę oraz aukcji elektronicznej. Dla dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej wystarczy, że zostanie złożona tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Wyjątkiem od tej reguły są tryby: zapytanie o cenę (wymagane są co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu) i aukcja elektroniczna (wymagane są co najmniej 2 oferty złożone przez 2 wykonawców). W przypadku aukcji wymagane jest również, aby wpłynęły co najmniej 2 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2) **Cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć Na sfinansowanie zamówienia**

Kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia, nie musi być tożsama z kwotą, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć (i podał wykonawcom w trakcie otwarcia ofert). Kwota ta nie może być jednak mniejsza od pierwotnie zakładanej (zamawiający nie może unieważnić postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie podanej w czasie otwarcia ofert, chyba, że zachodzą inne przesłanki). Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający może jednak uznać, że dysponuje kwotą wyższą od planowanej i zawrzeć umowę na kwotę przewyższającą tę, która została podana w trakcie otwarcia ofert. Tym niemniej, zamawiający musi najpierw dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, a później porównać jej cenę z kwotą, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa, to zamawiający musi unieważnić przetarg, mimo iż dysponuje innymi ważnymi i odpowiednimi ofertami, na przyjęcie których byłoby go stać.

3) **Zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie**

W przypadkach, gdy wykonawcy zostali wezwani do złożenia ofert dodatkowych, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie. Wezwanie do złożenia ofert dodatkowych może nastąpić tylko raz. Gdy nadal nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający musi unieważnić postępowanie.

4) **Istotna zmiana okoliczności**

Wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Jest to klauzula awaryjna, pozwalająca na wycofanie się z przetargu w szczególnych okolicznościach. Mimo zastosowania pojęć nieostrych (istotna zmiana okoliczności, interes publiczny, niemożność przewidzenia), mają one swój „ciężar gatunkowy" i zestawione razem powodują, iż unieważnienie postępowania może nastąpić w wyjątkowych okolicznościach. Aby unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie **art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy**, zamawiający musi wykazać kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności,
2) nie można było przewidzieć tych okoliczności,
3) prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Wskazane przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Ponieważ przesłanki te mają charakter uznaniowy, to na zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia i wykazania, że wszystkie te przesłanki rzeczywiście zaistniały[140].

5) Wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy

Postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki nieważności umowy zawiera **art. 146 ustawy**, który wymienia następujące sytuacje:

- zamawiający nie dopełnił obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu Prezesowi UZP lub UOPWE,
- zamawiający udzielił zamówienia bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej, w szczególności zawarł umowę bez wymaganej zgody przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu,
- zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu do wszczęcia przez Prezesa Urzędu kontroli uprzedniej lub przed jej zakończeniem,
- zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub doszło w postępowaniu do naruszenia przepisów określonych w ustawie i naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Rozpoczynając procedurę przetargową, zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia środków finansowych niezbędnych do zrealizowania zamówienia. Zmiana w budżecie jednostki samorządu terytorialnego i w efekcie brak środków na inwestycję w momencie otwarcia ofert w świetle przepisów ustawy jest niedopuszczalna. W tej sprawie wypowiedział się ostatnio Zespół Arbitrów w wyroku[141] z dnia 1 marca 2007 r. W tej sprawie zamawiający – Gmina B. podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, a dotyczącego budowy przepompowni przewałowej w sieci ciepłowniczej w B. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający powołał się na przepis **art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych** stwierdzając, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ w budżecie Gminy na rok 2007 nie przewidziano żadnych środków na realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego. Powyższą decyzję zakwestionował jeden z uczestników przetargu – Firma G. z Leszna, która w złożonym dnia 1 lutego 2007 r. proteście stwierdziła, że w rzeczywistości postępowanie przetargowe nie jest obarczone żadną wadą, a podanej przez Zamawiającego przyczyny unieważnienia nie można

[140] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 143/05, publ. www.uzp.gov.pl
[141] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 187/07, publ. www.uzp.gov.pl

zaliczyć do którejkolwiek kategorii przesłanek wymienionych w **art. 93 ust. 1 ustawy**. Zamawiający rozstrzygając protest podtrzymał swe pierwotne stanowisko i jednocześnie podkreślił, iż przysługuje mu uprawnienie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji braku możliwości jego realizacji.
W związku z powyższym Firma G. skierowała do Prezesa UZP odwołanie, w którym podtrzymała wszystkie zarzuty podniesione w proteście i wskazując na naruszenie przepisów **art. 7 ust. 1 - 3** oraz **art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych** wniosła o unieważnienie zakwestionowanej decyzji oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.
W oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy, uzupełniony wyjaśnieniami stron na rozprawie, Zespół Arbitrów doszedł do następujących ustaleń i wniosków:
Przedmiotowy przetarg nieograniczony został ogłoszony w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 października 2006r. Otwarcia ofert Zamawiający dokonał w dniu 21 listopada 2006r. informując zgodnie z **art. 86 ust. 3 ustawy**, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 405 500 zł. Odwołujący złożył ofertę ważną, a proponując w niej cenę 399 448 zł – mieścił się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Rozpoczynając procedurę przetargową w 2006r. Zamawiający zobowiązany był, zdaniem Zespołu Arbitrów, do zapewnienia środków finansowych niezbędnych do zrealizowania zamówienia. W tym przypadku jednak nastąpiła zmiana w budżecie gminnym poprzez nieujęcie środków na budowę przedmiotowej przepompowni w roku następnym czyli 2007. W ocenie Zespołu Arbitrów taka zmiana w budżecie, w świetle przepisów ustawy, była niedopuszczalna. Gdyby przyjąć założenie przeciwne i uznać, że Zamawiający może w sposób nieskrępowany, wykorzystując przepisy pozwalające jego organom (Radzie Gminy) na wydawanie decyzji (uchwał), przesuwać środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia na inne cele i to w trakcie trwania procedury przetargowej – to doszłoby do zakwestionowania podstawowego celu ustawy, którym jest zachowanie uczciwej konkurencji oraz kontrola rzetelności wydawania środków publicznych. Dodać przy tym należy, że Zamawiający nie wykazał, by do przesunięć budżetowych zmusiły go jakieś nadzwyczajne zdarzenia losowe uzasadniające konieczność przeznaczenia środków dla usunięcia ich skutków. Innymi słowy- Zamawiający nie wykazał, że w rzeczywistości zaistniała którakolwiek z przesłanek wymienionych w **art. 93 ust. 1 ustawy**, pozwalająca na skuteczne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności nie zaistniała sytuacja, o jakiej mowa w **art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy**, który to przepis Zamawiający powołał w zawiadomieniu o unieważnieniu przetargu. Pierwotnie Zamawiający zakładał posiadanie stosownej rezerwy finansowej niezbędnej do realizacji budowy przepompowni, a późniejsze przesunięcie środków na inne cele stanowiło – w ocenie Zespołu Arbitrów – naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Dodać w tym miejscu należy, że wadą w rozumieniu **art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy** jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywarłaby tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powodowałaby jej bezwzględną nieważność. Takiej sytuacji w niniejszej sprawie nie stwierdzono. W konsekwencji należało unieważnić decyzję Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania przetargowego jako wydaną bez podstawy prawnej. Brak ustawowych przesłanek unieważnienia postępowania skutkuje wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.
Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia powyższe unormowanie **art. 93 ust. 1 ustawy** stosuje się odpowiednio.
Przepis **art. 93 ust. 1 ustawy** ma znaczenie wyjątkowe. Nie wolno go interpretować rozszerzająco. Wynika jednak niego, że inaczej niż dotychczas przetarg lub negocjacje są ważne mimo tylko jednej ważnej oferty. swoisty wybór następuje wtedy „spośród" jednej oferty (walkower).
Możliwe jest też unieważnienie przetargu ograniczonego lub negocjacji, już na samym wstępie postępowania przed zaproszeniem do składania ofert, gdy wpłynął mniej niż jeden wniosek o

dopuszczenie do udziału w tego rodzaju przetargu. Zamawiający jest bowiem bezwzględnie związany napływającymi w wyniku ogłoszenia wnioskami i nie wolno mu zaprosić do złożenia oferty nikogo poza reflektantami, którzy sami się zgłoszą.
Na tle obecnego **art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy** w praktyce ciągle utrzymują się wątpliwości co do tego skąd wiadomo jaką kwotę zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia.
W odniesieniu do jednostek sektora finansów publicznych o tym, jakimi środkami może dysponować jednostka zamawiająca przesądza bezpośrednio plan finansowy tej jednostki. Wydatki planuje się w oparciu o należyte oszacowanie wstępne ich wartości, ale nie gwarantuje to pełnego „bezpieczeństwa kwot" w warunkach mechanizmów wolnorynkowych. Stąd duże znaczenie ma konieczność ponownego oszacowania każdego zaplanowanego wydatku w drodze należytego „ustalenia szacunkowej wartości zamówienia" (**art. 32 ust. 1 ustawy**) tuż przed jego uruchomieniem, celem m.in. porównania tej wartości wzbogaconej o podatek VAT z wielkością środków zaplanowanych na dany wydatek.
Nie wolno więc uruchamiać zamówienia publicznego bez uprzedniego jego prawidłowego zaplanowania oraz oszacowania wartości zamówienia, co ma na celu zapewnienie pokrycia finansowego. Podstawa unieważnienia postępowania z braku wystarczającego pokrycia finansowego wystąpić może więc niezwykle wyjątkowo, z winy zamawiającego (niestaranność oszacowania) lub nawet bez niczyjej winy, gdy suma wynikająca z należytego oszacowania mimo wszystko okazała się niższa w stosunku do ujawnionej później ceny najkorzystniejszej oferty. W pierwszym przypadku zamawiający może „uratować postępowanie" dokonując ewentualnej zmiany w planie (zwłaszcza gdy różnica nie jest znaczna), a w drugim – raczej powinien zdecydować się na unieważnienie postępowania (groźba niekorzystnej finansowo umowy), chyba że brak pokrycia finansowego jest znikomy i może być usunięty przez rychłą zmianę planu.
Niezadowolonemu z unieważnienia postępowania wykonawcy nie służy prawo wiążącego domagania się od zamawiającego określonej zmiany planu.
Niezadowolony wykonawca może zaś uruchomić postępowanie protestacyjno - odwoławcze i domagać się uchylenia werdyktu o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli zamawiający mimo zaplanowanych wystarczająco środków unieważnia postępowanie.
Zamawiający ma możność unieważnienia postępowania, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (**art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy**).
Udzielenie zamówienia publicznego ma na celu pozyskanie przez jednostkę zamawiającą określonego świadczenia niepieniężnego (produktu, usługi lub robót budowlanych) umożliwiającego jej wywiązanie się z zadań publicznych, składających się ogólnie na realizację dobra publicznego. Zaplanowanie, a potem uruchomienie zamówienia powinno być więc celowe i odpowiednie pod względem wysokości nakładów ekonomicznych względem zadań jednostki zamawiającej.
Po wszczęciu postępowania może jednak dojść do takiej zmiany warunków, że odpada już w ogóle potrzeba udzielenia zamówienia albo nasuwa się zupełnie inny jego przedmiot bądź zachodzą inne przeszkody takie, że prowadzenie wszczętego postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżą już w interesie publicznym. Jeżeli zmiana okoliczności jest istotna (doniosła, poważnie rzutująca na interesy publiczne i grożąca stratą), której nie można było wcześniej przewidzieć (ocena zobiektywizowana), zamawiający może unieważnić postępowanie o zamówienie publiczne jako bezcelowe.
Bardzo doniosły praktycznie jest przypadek unieważnienia postępowania z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (**art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy**)
Chodzi tu wyłącznie o wadę samego postępowania, a nie o uchybienie w zakresie później zawieranej umowy; o taką wadę postępowania, która wywiera wpływ na umowę pociągając jej nieważność (bezskuteczność). Nieważności czynności prawnej nie domniemuje się, ani nie wynika ona z postanowienia stron. Przesądza o niej wyłącznie wyraźny przepis prawa.
Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o zamówienie publiczne poprzedzającym jej zawarcie doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie lub aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie i jeżeli to naruszenie miało wpływ na wynik

postępowania. W szczególności umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający nie dopełnił obowiązku zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub w Dz.Urz.WE, udzielił zamówienia bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej, dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy, zawarł umowę bez wymaganej zgody przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wyliczenie uchybień w przepisie **art. 146 ust. 1 ustawy** jest tylko przykładowe. W grę wchodzi każde naruszenie przepisów prawa o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania, czyli na wybór najkorzystniejszej oferty.
Z tego punktu widzenia uchybienia w postępowaniu podzielić można na uchybienia istotne, rzutujące na wynik postępowania oraz uchybienia nieistotne (pozostałe), nie wpływające bezpośrednio na ten wynik, np. naruszenie zasady jawności przez nieznaczne opóźnienie w udostępnieniu protokołu i materiału ofertowego zainteresowanemu konkurentowi, niestaranne zredagowanie dokumentu przebiegu postępowania, czy drobne uchybienie w opisie przedmiotu zamówienia, za które grozi jednak na ogół odpowiedzialność karno-administracyjna za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (złamanie zasad udzielania zamówień).
Liczą się tylko uchybienia nieusuwalne, ponieważ w przeciwnym wypadku zamiast unieważniać całe postępowanie należałoby powtórzyć (poprawić) wadliwą czynność postępowania. Na polecenie kierownika jednostki, komisja przetargowa powtarza unieważnioną czynność, podjętą z naruszeniem prawa.
O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:
1) którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia – w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,
2) złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 93 ust. 3 ustawy)
Ma to na celu niezbędną ochronę interesów wykonawców i zwiększenie kontroli nad przebiegiem postępowania. Unieważnienie postępowania podlega bowiem zaskarżeniu w ramach postępowania protestacyjno -odwoławczego oraz sądowo-skargowego. Konieczna jest pisemna forma powiadomienia oraz podanie okoliczności faktycznych uzasadniających unieważnienie z równoczesnym powołaniem podstawy prawnej. Są to minimalne gwarancje dla terminowego i prawidłowego podniesienia zarzutów przez niezadowolonych z przedwczesnego zakończenia postępowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.
Unieważnienie postępowania wymaga też stosownego odzwierciedlenia w protokole postępowania bądź w dokumentacji podstawowych czynności zamawiającego, ponieważ należy do istotnych faktów postępowania.
W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4 ustawy)
Unormowanie powyższe przewidujące odpowiedzialność majątkową zamawiającego z tytułu uchybień w zakresie unieważniania postępowania wskazuje na określone jej przesłanki. Konieczną przesłanką tej odpowiedzialności jest niedbalstwo zamawiającego (art. 471 Kc). Może ona bowiem wejść w grę wyłącznie wtedy gdy okoliczności uzasadniające unieważnienie wywołane zostały zawinionym zachowaniem zamawiającego, np. zaniedbaniem ogłoszenia w BZP, wadliwym zaproszeniem konkurentów w procedurze zapytania o cenę, czy wadliwym skonstruowaniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Nie każde jednak unieważnienie postępowania będzie obciążone zaniedbaniem zamawiającego. W szczególności, jeśli rzeczywiście wystąpiła istotna zmiana warunków zewnętrznych powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (nikt by nie przewidział), ponieważ gdyby zmiana warunków był nieistotna lub wycinkowa albo wynikała z czyjegoś niedopatrzenia bądź generalnie możliwa była do przewidzenia, w ogóle nie wolno unieważniać postępowania. Poza tym wina jednostki organizacyjnej,

to nie to samo co wina jej urzędnika. Chodzi tu więc o tzw. winę organizacyjną, polegającą przede wszystkim na rozmaitych zaniedbaniach organizacyjnych. W ślad za ustaleniem winy organizacyjnej można oczywiście dochodzić także winy konkretnego urzędnika i ewentualnej odpowiedzialności karno-administracyjnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W każdym razie zrealizowanie omawianej odpowiedzialności majątkowej wobec zamawiającego, otworzy drogę co najmniej dla kontroli w zakresie odpowiedzi na pytanie o to, kto personalnie przyczynił się do tego negatywnego następstwa.
Z roszczeniami o zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu wystąpić mogą dostawcy lub wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (prawidłowe), zakwalifikowane do dalszej merytorycznej oceny ofert.
Mając na względzie dotychczasowe poglądy doktryny i orzecznictwa na temat pojęcia „uzasadnionych kosztów" (występującego w rozmaitych rozwiązaniach prawnych poza zamówieniami publicznymi) stwierdzić trzeba, że chodzi wyłącznie o tzw. koszty celowe. W omawianym przypadku będą to koszty niezbędne dla prawidłowego zapewnienia uczestnictwa wykonawca w postępowaniu o zamówienie publiczne, czyli niekoniecznie takie koszty, jakie rzeczywiście poniósł zainteresowany wykonawca. W szczególności mogą to być wydatki na pozyskanie pisemnego SIWZ, typowe (zwyczajne) nakłady na przygotowanie oferty (opracowanie i wysyłka), wydatki na ewentualne dojazdy i inne wydatki, przede wszystkim takie jakie musieli ponieść także i pozostali wykonawcy.
Nie mogą tu zaś wchodzić w grę wszelkie wydatki nadzwyczajne, przekraczające granice „wydatków niezbędnych", zwłaszcza wydatki na doradztwo i ewentualną pomoc prawną, tym bardziej że każdy z ubiegających się o zamówienie dostawców (wykonawców) powinien dysponować niezbędną wiedzą co do wykonania zamówienia, na ogół jest profesjonalistą i dlatego powinien być zdolny do intelektualnego opracowania oferty.
„Uzasadnione koszty", to koszty udokumentowane, czyli należycie wykazane przez żądającego, co najmniej w postaci przedłożenia rachunku wydatków. Jeżeli żądanie zwrotu tych kosztów będzie wygórowane zamawiający może uznać je tylko częściowo. Nie są to więc jakieś wielkie koszty (niekiedy są nawet symboliczne), ale ich zwrot może pociągać za sobą dalsze konsekwencje, zwłaszcza odpowiedzialność służbową lub dyscyplinarną.
Nowością wprowadzoną nowelizacją **ustawy** z dnia 13 kwietnia 2007 r. jest możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą (**art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy**).
W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, zawiadamia o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia (art. 93 ust. 5 ustawy).
O unieważnieniu postępowania zamawiający jest zobowiązany zawiadomić równocześnie wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się udzielenie zamówienia na **formularzu zgodnym z treścią załącznik Nr 65.** Zawiadomienie powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienia faktyczne i prawne na formularzu, o których mowa wyżej przygotowuje Komisja Przetargowa i przedkłada do podpisu Pełnomocnikowi.

3. WYBÓR NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

Komisja Przetargowa po dokonaniu wcześniej opisanych czynności, a mianowicie po:
- poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich,
- poprawieniu omyłek rachunkowych,
- wyjaśnieniu dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w związku z ustaleniem, czy oferta zawiera rażąco niską cenę,

jeżeli nie wnosi o unieważnienie postępowania, przystępuje do wyboru najkorzystniejszej oferty.
Zgodnie z **art. 91 ust. 1 ustawy** Komisja Przetargowa wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

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, Komisja Przetargowa spośród tych ofert wybiera ofertę z niższą ceną.
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, Komisja Przetargowa wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach.
W czasie procedury oceny ofert pod względem formalnym w tajnej części postępowania ,Komisja sprawdza w szczególności:

1) czy oferta jest zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ .
2) czy oferta została prawidłowo podpisana ,
3) czy oferta zawiera wszystkie dokumenty i oświadczenia wymagane SIWZ ,
4) czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania,
5) czy oferta spełnia kryteria i zasady określone w **ustawie**,
6) czy oferta nie zawiera oczywistych omyłek pisarskich,
7) czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
8) czy oferta nie zawiera omyłek rachunkowych,
9) czy oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Na odpowiednich drukach **ZP** Komisja Przetargowa stwierdza spełnianie warunków określonych w SIWZ. Szczegółowe czynności Komisji w tej części postępowania określa odrębna Uchwała Zarządu Powiatu.
Komisja w pierwszej kolejności dokonuje oceny ofert pod względem formalnym. Ocena ofert pod względem formalnym jest niezwykle ważna z uwagi na skutki prawne stwierdzenia w ofertach uchybień o takim właśnie charakterze. **Skutki stwierdzonych uchybień są różne – od wykluczenia oferenta, poprzez odrzucenie oferty, po unieważnienie postępowania.**
Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania określają przepisy **art. 24 ustawy.**
Przesłanki odrzucenia oferty określa art. **89 ust.1 ustawy**.
Nowością wprowadzoną nowelizacją w 2006 r., jest gdy postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie **art. 55 ust.1 pkt 1 ustawy,** że zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty może przeprowadzić **aukcję elektroniczną (art. 91a ust. 1 ustawy).**

3.1.Aukcja elektroniczna jako nowa procedura wyboru najkorzystniejszej oferty

3.1.1. Przesłanki zastosowania aukcji

W przepisach **art. 91a – 91c ustawy** przewidziano nową, dotąd nieznaną procedurę, prowadzoną po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej – aukcję elektroniczną. Aukcja jest jednoetapowa (**art. 91a ust. 4 ustawy**) . Można ją przeprowadzić wyłącznie wtedy, gdy zamawiający przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, a postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie **art. 55 ust. 1 pkt 1 ustawy** - czyli wtedy gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.
Aukcji nie można zorganizować w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, a także jeżeli podawana w ofercie cena nie jest ceną ryczałtową **(art. 91a ust.2 ustawy).** Ponieważ procedura ta daje wykonawcom możliwość „składania ofert" dodatkowych, nie mają zastosowania przepisy **art. 91 ust 4 – 6 ustawy** (**art. 91a ust. 1 i 2).**

3.1.2. Kryteria oceny ofert, sposób oceny ofert

Kryteriami oceny ofert mogą być wyłącznie kryteria określone w SIWZ umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej **(art. 91a ust. 3 ustawy).** Sposób oceny ofert powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej (**art. 91b ust. 4 ustawy**). Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu (**art. 91c ust. 4**).

3.1.3. Zaproszenie do udziału w aukcji, otwarcie aukcji

Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jednocześnie informując o ich pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji, minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektroniczne, terminie otwarcia aukcji elektronicznej oraz terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej, a także sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia (**art. 91b ust 1 – 3 ustawy).**

3.1.4. Sposób prowadzenia aukcji elektronicznej

Wykonawcy biorący udział w aukcji, za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji (**art. 91c ust. 1 ustawy).**
Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców (**art. 91c ust. 2 – 3 ustawy).**
W toku aukcji elektronicznej stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące licytacji elektronicznej a określone w **art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust.2 ustawy,** stanowiące, że zamawiający i wykonawcy od momentu otwarcia do momentu zamknięcia aukcji przekazują wnioski, oświadczenia i inne informacje drogą elektroniczną oraz że zamawiający zamyka aukcję elektroniczną w terminie określonym w ogłoszeniu lub jeżeli w ustalonym w ogłoszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia, a także ponadto bezpośrednio po zamknięciu aukcji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.

3.1.5. Przepisy wyłączone z obowiązku stosowania

W aukcji elektronicznej nie stosuje się przepisów dotyczących formy i możliwości złożenia tylko jednej oferty **(art. 82 ust. 1 i 2 ustawy**). Nie ma możliwości dopuszczenia składania ofert częściowych i wariantowych, a także nie obowiązują przepisy dotyczące zmiany i wycofania oferty oraz zwrotu oferty złożonej po terminie (**art. 83 i art. 84 ustawy**). Ponadto nie mają zastosowania regulacje dotyczące otwarcia ofert, wyjaśnienia treści ofert, poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, a także przesłanek odrzucenia oferty **(art. 86 – art. 89 ustawy**).

3.1.6. Dokumentowanie postępowań

W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia Komisja Przetargowa sporządza pisemny protokół postępowania (**art. 96 ust.1 ustawy**). Protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu Komisja Przetargowa udostępnia po dokonaniu wyboru

najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a wnioski o dopuszczenie do udziału postępowaniu po upływie terminu ich składania (**art. 96 ust. 3 ustawy**).

4. OBOWIĄZKI KOMISJI PRZETARGOWEJ PO WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

Nowelizacja **ustawy** w 2006 roku dokonała modyfikacji w zakresie kręgu podmiotów, do których kierowane jest zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Poprzednia redakcja przepisu wzbudzała szereg wątpliwości praktycznych. W poprzednim brzmieniu przepis zobowiązywał zamawiającego do przekazania zawiadomienia wykonawcom, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia. Aktualnie zwiadomienie Komisja Przetargowa przekazuje jedynie wykonawcom, **którzy złożyli oferty w postępowaniu.**
Uwzględniając mechanizm koncentracji w postępowaniu protestacyjnym nałożono na zamawiającego obowiązek jednoczesnego podania uczestnikom postępowania o:
- wyborze najkorzystniejszej oferty,
- wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,
- wykonawcach, którzy zostali wykluczeni.

Zgodnie bowiem z **art. 92 ustawy** niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), siedzibę i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnienie jej wyboru, a także nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty **wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację**,
2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne,
3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Komisja Przetargowa zamieszcza informacje, o których mowa wyżej, na stronie internetowej oraz na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych a dla dostaw lub usług – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość 10 000 000 euro, przekazuje te informacje również Prezesowi UZP oraz Szefowi Centralnego Biura Antykorupcyjnego.
Zawiadomienie powyższe Komisja Przetargowa sporządza odpowiednio na:
- **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 66** dla wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą,
- **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 66a** dla pozostałych wykonawców.

Zawiadomienie akceptuje i podpisuje Pełnomocnik. Sekretarz Komisji zamieszcza to zawiadomienie na stronie internetowej, stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej oraz na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach.
Jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia **nie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę,** Komisja Przetargowa w przypadku wykluczenia wykonawcy sporządza zawiadomienie na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 67.**
Jeżeli Komisja Przetargowa nie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty lub nie może zakończyć postępowania w terminie związania ofertą przez wykonawcę, może w uzasadnionych przypadkach na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą może tylko raz zwrócić się do wykonawców o przedłużenie tego terminu na oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Wówczas Komisja Przetargowa sporządza **„Wniosek o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą”** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 68.** Wniosek akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.

VI. OCHRONA PRAWNA WYKONAWCY I ZAMAWIAJĄCEGO

1. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Zgodnie z **art. 179 ust.1 ustawy** 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**, przysługują środki ochrony prawnej. Zgodnie z nowelizacją **ustawy** z dnia 7 kwietnia 2006 r. środek ochrony prawnej **przysługuje również zamawiającemu**. Środki ochrony prawnej nie przysługują wobec rozstrzygnięcia sądu konkursowego w zakresie oceny prac konkursowych oraz wyboru najlepszych prac konkursowych.
Prawo zamówień publicznych wprowadza dwojakiego środki ochrony prawnej:
- środki odwoławcze, którymi są protest (**art. 180 ust. 1 ustawy)** i odwołanie (**art. 184 ust.1 ustawy),**
- skarga do sądu: skarga na wyrok zespołu arbitrów i skarga na postanowienie zespołu arbitrów kończącego postępowanie odwoławcze (**art. 194 ust.1 ustawy**).

Środki odwoławcze są podstawowymi środkami ochrony prawnej. Każdy z tych środków jest swoistym roszczeniem uprawnionego zmierzającym do przywrócenia stanu prawnego zgodnego z przepisami **ustawy**. Protest jest środkiem odwoławczym wnoszonym wobec czynności lub zaniechania zamawiającego, odwołanie zaś – środkiem odwoławczym od odrzucenia lub oddalenia protestu. Każdy z wymienionych środków odwoławczych podlega rozpoznaniu na zasadach określonych w **ustawie** i w tym wyraża się ich specyfika. Protest wnosi się do zamawiającego i on go rozpoznaje (postępowanie protestacyjne przypomina zatem postępowanie reklamacyjne).
Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu, a rozpoznaje go organ niezależny zarówno od stron, jak i od Prezesa Urzędu – Krajowa Izba Odwoławcza, funkcjonujący na podstawie przepisów procedury cywilnej o sądzie polubownym, z licznymi odrębnościami określonymi w **ustawie.**
Skarga do sądu, nie jest środkiem odwoławczym, lecz nadzwyczajnym środkiem kontroli orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, wyroków i postanowień kończących postępowanie odwoławcze, wykonywanej przez sąd powszechny.
Wniesienie każdego z wymienionych środków ochrony prawnej skutkuje wszczęciem stosownego postępowania:
- protestacyjnego
- odwoławczego
- skargowego

2. INTERES PRAWNY WYKONAWCY JAKO PRZESŁANKA KORZYSTANIA ZE ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ

Materialnoprawną przesłanką skutecznego wniesienia przez uprawniony podmiot (wykonawcę, uczestnika konkursu, inną osobę uprawnioną) środka ochrony prawnej jest wykazanie, że jego (uprawnionego podmiotu) interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (**art. 179 ust. 1 ustawy**). Stosując wykładnię gramatyczną i systemową powołanego wyżej przepisu, należy przyjąć, że wykazanie przez uprawniony podmiot interesu prawnego, o którym wyżej mowa, jest jego obowiązkiem przy korzystaniu z każdego środka ochrony prawnej.
Charakter prawny wymienionej wyżej przesłanki oznacza, że jej niewykazanie przez wnoszącego środek ochrony prawnej skutkuje oddaleniem wniesionego środka także wtedy, gdy środek ten jest merytorycznie uzasadniony, tj. gdy zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, czy przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie ustawy.
Pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy a doznaniem (możliwością doznania) przez uprawniony podmiot uszczerbku w jego interesie prawnym musi istnieć **normalny związek przyczynowy.** Związek taki zachodzi, gdy skutek (w rozważanym przypadku uszczerbek lub

zagrożenie interesu prawnego podmiotu uprawnionego do wniesienia środka ochrony prawnej) jest normalnym następstwem zdarzenia rozpatrywanego jako przyczyna (tu naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy). Obowiązek wykazania istnienia takiego związku przyczynowego ciąży na korzystającym ze środka ochrony prawnej.
Pojęcie interesu prawnego, jak się przyjmuje, należy rozumieć w sposób określony w prawie cywilnym. Wiąże się to z cywilistycznym charakterem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikającym z celu postępowania, którym jest zawarcie pomiędzy zawarcie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Interes prawny jest w prawie cywilnym rozumiany szeroko. W doktrynie podkreśla się, że „interes uzasadniający prawo do ochrony i uczestnictwa w odnośnym postępowaniu musi być interesem prawnym, tzn. dotyczyć określonego stosunku prawnego (...)".
Nie wystarcza przeto interes czysto uczuciowy, emocjonalny lub zaspakajający wyłącznie społeczne żądania i aspiracje dochodzącego ochrony. Może natomiast mieć – podobnie jak samo prawo, u podłoża którego on leży – zarówno charakter majątkowy, jaki i niemajątkowy. Usprawiedliwiający ochronę interes musi pozostawać w zgodzie z porządkiem prawnym i zasadami współżycia społecznego. Przenosząc przytoczony wyżej pogląd doktryny prawa cywilnego do systemu zamówień publicznych, należy podkreślić jego pełną przydatność we właściwym rozumieniu pojęcia interesu prawnego, o którym mowa w **art. 179 ust. 1 ustawy.**
W orzecznictwie zespołu arbitrów i Sądu Okręgowego w Warszawie, kształtującym się pod rządem ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r., utrwalił się pogląd prawny, 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 ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne i uzyskanie w nim wyniku polegającego na wyborze przez zamawiającego jego oferty[142].
Innym istotnym dorobkiem orzecznictwa jest pogląd prawny, według którego interes prawny odwołującego się doznaje uszczerbku jedynie wówczas, gdy w następstwie uwzględnienia odwołania i ponownej oceny ofert jego oferta byłaby uznana za ofertę najkorzystniejszą[143].
Wykonawcy, których oferty znalazły się na trzeciej i dalszych pozycjach, nie mają prawa do protestu, jeśli podważają poprawność tylko najkorzystniejszej oferty. Nawet bowiem gdyby uwzględniono ich racje, nie mieliby szans na otrzymanie zamówienia – taki jest sens trzech wyroków zespołów arbitrów[144] wydanych w październiku 2004 r. Np. wykonawca startujący w przetargu na budowę sali gimnastycznej w Żabnie, wyliczył w odwołaniu aż siedem nieprawidłowości w ofercie wybranej za najkorzystniejszą. Arbitrzy odmówili rozpoznania zarzutów, powołując się na brak interesu prawnego u odwołującego. Jego oferta była bowiem trzecia z kolei . W takim wypadku, nawet gdyby zamawiający wykluczył wykonawcę, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą, to i tak przy ponownej ocenie ofert wygrałaby inna firma niż odwołującego[145].
Reasumując problematykę interesu prawnego, uregulowanego w **art. 179 ust.1 ustawy** i patrząc na tę problematykę z punktu widzenia wykonawcy, należy podkreślić, że wykonawca wnoszący środek ochrony prawnej, jest obowiązany wykazać:
- naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, także przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie ustawy,

---

[142] Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt V Ca 165/03, niepubl.
[143] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1 września 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 1348/03, niepubl.
[144] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 października 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 1639/04; Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 października 2004 r., sygn. akt. UZP/ZO/0 – 1654/04; Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 października 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 1683/04, publ. www.uzp.gov.pl
[145] Wikariak Sławomir, *Trzeci oferent odpada z gry*, „Rzeczpospolita" z 18 listopada 2004 r.

- doznanie lub możliwość doznania uszczerbku w jego interesie prawnym,
- normalny związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy, w tym przepisów aktów wykonawczych do ustawy a uszczerbkiem w jego interesie prawnym.

Dla wykazania zaistnienia materialnoprawnej przesłanki skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej, o której mowa wyżej, konieczne jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających doznanie lub możliwość doznania (w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy) uszczerbku w interesie prawnym. Przy ocenie tych okoliczności faktycznych wykonawca powinien mieć na uwadze przytoczone wyżej poglądy doktryny i orzecznictwa w kwestii interesu prawnego. Należy też uwzględniać orzecznictwo i piśmiennictwo w tej materii, które będzie się kształtować pod rządem **ustawy.**

Ponownego podkreślenia wymaga skutek prawny niewykazania przez wykonawcę przesłanki interesu prawnego, o której mowa w art. 179 ust.1 ustawy. Jest nim oddalenie wniesionego środka ochrony prawnej mimo wykazania, że zamawiający naruszył przepisy ustawy.

2.1. Jak rozumieć interes prawny[146] ?

Wykonawca, który przystępuje do postępowania odwoławczego, nie musi udowadniać, że ma szanse na wygranie przetargu

Aby odwołać się od decyzji zamawiającego, wykonawca musi posiadać interes prawny. Także ten, który przystępuje do odwołania, a mówiąc ściślej do toczącego się wskutek jego wniesienia postępowania odwoławczego, ma obowiązek udowodnić swój interes prawny. Chociaż jednak pojęcia te brzmią tak samo, w praktyce należy je różnie interpretować. Czym innym jest bowiem interes prawny wykonawcy składającego odwołanie, a czym innym tego, który jedynie do niego przystępuje.

W praktyce niuanse te nie zawsze są zauważane przez prawników. Zespół Arbitrów[147] w wyroku z 21 stycznia 2007 r. uznał, że firma Hertz Systems, która próbowała przyłączyć się do postępowania odwoławczego, nie ma interesu prawnego dlatego, że i tak nie zdobyłaby zamówienia.

Rzeczona firma rzeczywiście złożyła ofertę, która zdobyła mniej punktów niż zwycięzca przetargu. Okazało się jednak, że postępowanie i tak musi zostać unieważnione, bo minął termin realizacji zamówienia.

Zwycięzca wniósł więc protest, a po nim odwołanie, próbując zakwestionować unieważnienie przetargu. Właśnie do tego odwołania próbował, po stronie zamawiającego, przyłączyć się Hertz Systems. Arbitrzy uznali jednak, że nie ma interesu prawnego.

Taki sposób rozstrzygnięcia wskazuje, że zespół arbitrów podejmując tę decyzję, nie rozgraniczył dwóch różnych pojęć "interesu prawnego" występujących w **Pzp**. Oddalając przystąpienie do postępowania odwoławczego, zespół arbitrów wziął pod uwagę interes prawny w rozumieniu **art. 179 ust. 1 ustawy**, którego zakres pojęciowy jest węższy niż interesu prawnego w przystąpieniu do odwołania, o którym mowa w **art. 184 ust. 4 ustawy**.

Art. 179 ust. 1 ustawy stanowi, że: "środki ochrony prawnej (...) przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (...)". Nie wdając się w szczegóły, oznacza to, że firma, która i tak nie może wygrać przetargu i zdobyć zamówienia, nie ma interesu prawnego. Jeśli więc czyjaś oferta znalazła się na dalszej niż druga pozycji, nie może składać odwołania, chyba że kwestionuje poprawność wszystkich ofert ocenionych wyżej niż ona.

Na gruncie zatem powyższego przepisu wykonawca, niemający interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, nie ma możliwości ingerencji, gdy może dojść do zawarcia z innym wykonawcą

---

[146] Granecki Paweł, *Jak rozumieć interes prawny*, „Rzeczpospolita – Dobra Firma" z10 kwietnia 2006 r.
[147] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 stycznia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 67/07, niepubl.

uczestniczącym w tym postępowaniu nieważnej umowy. Sytuacje takie często zdarzały się przed wejściem w życie nowelizacji dokonanej w 2006 roku.
Właśnie dlatego ustawodawca nowelizując ustawę, wprowadził **art. 184 ust. 4 Pzp**. Zrobił to po to, aby umożliwić wykonawcom uczciwą konkurencję. Od 25 maja 2006 r., kiedy to weszła wżycie ta nowelizacja, wykonawcy mogą przystępować do postępowania odwoławczego, mimo że nie posiadają interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia.
Instytucję przystąpienia do postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy traktować jako instytucję interwencji ubocznej z kodeksu postępowania cywilnego, dostosowaną do specyfiki procedur funkcjonujących w **Pzp**. Interes prawny interwenienta ubocznego oznacza obiektywną, czyli rzeczywiście istniejącą w świetle obowiązujących przepisów prawnych, potrzebę rozstrzygnięcia sprawy na korzyść jednej ze stron i wynikającą z niej potrzebę działania w kierunku wydania takiego rozstrzygnięcia, wywołaną koniecznością ochrony swojej sfery prawnej (patrz: „Kpc. Komentarz" t. I, pod red. K. Piaseckiego, str. 333).
W doktrynie interwencję uboczną traktuje się jako inny niż wytoczenie powództwa środek ochrony praw podmiotowych realizowany przed sądem. W taki sam sposób powinna być traktowana instytucja przystąpienia do postępowania odwoławczego. Nie zawsze zatem jest tak, że interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego jest tożsamy z interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia, chociaż często ich zakresy znaczeniowe się pokrywają.
Nie można wobec powyższego tożsamo traktować tych dwóch interesów prawnych. Bywa tak, że zakres interesu prawnego z **art. 184 ust. 4 ustawy** jest szerszy. Dzieje się tak właśnie wtedy, gdy mimo braku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia wykonawca dąży do podtrzymania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem zawarcie umowy w wyniku tego postępowania powodowałoby jej nieważność z mocy prawa.
Przystępujący staje się zatem „strażnikiem" prawidłowego przebiegu postępowania, dążąc do tego, aby nie została zawarta umowa niezgodna z prawem.

3. PROTEST I POSTĘPOWANIE PROTESTACYJNE

Instytucja protestu jako pierwszego z dwóch środków odwoławczych została wprowadzona do systemu zamówień publicznych ustawą o zamówieniach publicznych z 1994 r. i utrzymana w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Wprowadzone w **ustawie** zmiany w instytucji protestu nie dotyczą istoty tego środka odwoławczego, lecz szczegółowych rozwiązań polegających na:
- przyznaniu wykonawcom prawa do protestu w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia,
- jednoznacznym przyjęciu (doprecyzowaniu), że protest przysługuje także w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której dokonania jest obowiązany na podstawie **ustawy,**
- przyśpieszeniu postępowania protestacyjnego przez ograniczenie terminu wniesienia protestu wobec SIWZ, a także skrócenie terminów: przystąpienia uczestnika postępowania do protestu i rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego,
- doprecyzowaniu momentu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

W obecnym stanie prawnym wykonawcy przysługuje protest wobec:
- każdej czynności zamawiającego dokonanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia (oczywiście powyżej równowartości 14 000 euro, gdyż tylko wówczas stosuje się **ustawę**) i od trybu, w którym postępowanie jest prowadzone,
- wobec każdego zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie **ustawy** (**art. 180 ust. 1 ustawy**).

Korzystając z powyższego uprawnienia, wykonawca musi pamiętać, że protest jest środkiem ochrony prawnej, wobec czego ciąży na nim obowiązek wykazania, iż w wyniku oprotestowanej czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której był obowiązany - jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku. Wykazanie interesu prawnego powinno być zawarte w uzasadnieniu protestu.

Czynnością zamawiającego jest jego działanie podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które rodzi skutki prawne.
Czynnościami, o których mowa, między innymi są:
- ogłoszenie o zamówieniu publicznym,
- SIWZ,
- wykluczenie wykonawcy z postępowania,
- ocena ofert,
- odrzucenie oferty,
- wybór oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z praktyki wynika, że wyżej wymienione czynności stanowią najczęściej przedmiot protestów wnoszonych przez wykonawców.
Zaniechanie, o którym mowa w **art. 180 ust.1 ustawy** występuje, gdy zamawiający nie podejmuje w toku postępowania o zamówienie publiczne tych czynności, do których dokonania jest obowiązany na podstawie przepisów **ustawy**. Dla przykładu, zaniechaniem zamawiającego jest niewykonanie obowiązku wyjaśnienia treści SIWZ, mimo stosownego zapytania wykonawcy (**art. 38 ust. 1 ustawy**) czy niewykonanie obowiązku równoczesnego zawiadomienia wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia, o unieważnieniu postępowania, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego (**art. 93 ust. 3 ustawy**).
Termin wniesienia protestu reguluje przepis **art. 180 ust. 2 ustawy** z ograniczeniem określonym w **ust. 3.** Zgodnie z przepisem **ust.2** protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Chodzi tu o okoliczności faktyczne, które legły u podstaw czynności zamawiającego. W tej sprawie stanowisko doktryny i orzecznictwa nie jest jednolite. Bardzo kontrowersyjny wyrok zapadł w sprawie protestu na SIWZ. W dniu 30 marca 2004 r. Sąd Okręgowy[148] w Warszawie **stwierdził że możliwość powzięcia wiadomości o podstawie tego protestu zaistniała o wiele wcześniej niż w dniu pobrania SIWZ, a mianowicie już w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ już od momentu publikacji ogłoszenia można się było zapoznać z treścią SIWZ. Zdaniem Sądu, w interesie wykonawców rzeczywiście zainteresowanych uczestnictwem w przetargu jest jak najszybsze uzyskanie wiadomości o treści SIWZ.**
Do tego wyroku swoje krytyczne uwagi wniósł dr Ryszard Szostak[149]. W świetle **art. 180 ust. 2 ustawy**, protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Kluczowe słowo „mógł powziąć wiadomość", zdaniem Sądu orzekającego w analizowanej sprawie, należy łączyć właśnie z samą możliwością uzyskania dokumentu zawierającego SIWZ, a to z kolei pojawia się już od momentu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie podkreślono, że w interesie wykonawców rzeczywiście zainteresowanych danym przetargiem jest jak najszybsze uzyskanie wiadomości o treści SIWZ.
Po pierwsze, wystąpienie o przekazanie SIWZ nie jest obowiązkiem, lecz prawem wykonawcy i takim pozostaje do ostatniego dnia jej emisji. Późniejsze pobranie SIWZ nie może szkodzić wykonawcy, tym bardziej że protesty i odwołania zostały dopuszczone także w interesie publicznym.
Po drugie, wykonawca bardzo często w ogóle nie jest w stanie faktycznie dowiedzieć się o samym ogłoszeniu od razu w dniu jego publikacji. Zapoznanie się zaś z treścią ogłoszenia niewiele wnosi do znajomości zamówienia.

---

[148] Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 marca 2004 r. sygn. akt Ca 315/04 niepubl.
[149] Szostak Ryszard, *Bieg terminu do oprotestowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, „Finanse Komunalne" Nr 11/2004, s. 49 – 51.

Po trzecie, początek biegu terminu do wniesienia protestu powinien być pojmowany jednakowo, bez względu na rodzaj oprotestowanej czynności zamawiającego, także np. w razie wykluczenia wykonawcy z postępowania czy odrzucenia jego oferty. Trudno zaś w tych przypadkach zakładać, by wykonawca nieustannie dochowywał staranności w celu dowiedzenia się, czy nie został zdyskwalifikowany lub reagował niezwłocznie na podstawie wiadomości „zasłyszanych" od przypadkowych osób. Dlatego podstawą oprotestowania muszą być zindywidualizowane okoliczności towarzyszące czynności zamawiającego.
Po czwarte, według obowiązującego **art. 179 ust. 2 ustawy,** prawo oprotestowania SIWZ przysługuje również organizacjom zrzeszającym wykonawców, które trudno byłoby podporządkować zasadzie wywiedzionej przez Sąd w komentowanej sprawie.
Po piąte wreszcie, gdyby ustawodawca istotnie zamierzał do połączenia możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu bezpośrednio z możliwością zaznajomienia się z ogłoszeniem o zamówieniu, znalazłoby to niewątpliwie wyraz w odmiennym brzmieniu powołanych przepisów.
Wobec powyższego kluczowe wyrażenie „dzień, w którym wykonawca mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu" trzeba rozumieć tak, jak było ono dotychczas postrzegane w praktyce, według teorii doręczenia w odniesieniu do czynności zamawiającego przybierających postać oświadczenia woli (wiedzy). Jak dalej stwierdza dr Ryszard Szostak, teoria ta bowiem została powszechnie przyjęta w naszym kraju przy wykładni reguł składania tych oświadczeń. Protest jest przecież formą sprzeciwu wobec indywidualnej czynności zamawiającego albo braku czynności, do której zamawiający został ustawowo zobowiązany (powinien zaistnieć indywidualnie pojmowany stan uchylenia się od koniecznej czynności). Poza tym sam też stanowi czynność prawa materialnego. W konsekwencji, sens przytoczonego zwrotu ustawowego, zwłaszcza słów: „wykonawca mógł powziąć wiadomość" sprowadza się wyłącznie do tego, aby nie brać pod uwagę faktycznej przesłanki, czy konkretny wykonawca rzeczywiście zapoznał się z treścią prawidłowo doręczonej mu SIWZ, czy innego oświadczenia bądź informacji (obowiązuje zasada pisemności). Chodzi zatem przede wszystkim o wykluczeniu tzw. teorii zapoznania.
Doręczenie wykonawcy zawiadomienia o czynności zamawiającego (treści czynności, w określonych w **ustawie** przypadkach – wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym) jest **zdarzeniem prawnym**. Dzień, w którym zdarzenie to nastąpiło jest początkiem biegu terminu (dlatego tak ważne dla wykonawcy jest ustalenie tego dnia).
Termin liczy się od następnego dnia od zdarzenia (dnia zdarzenia nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu). Wynika to z przepisu art. 111 § 2 Kc, który to przepis ma zastosowanie przy obliczaniu terminu do wniesienia protestu (art. 14 ustawy).
Termin do wniesienia protestu jest terminem zawitym. Jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie prawa wykonawcy do tego środka ochrony prawnej wobec tej samej czynności lub tego samego zaniechania zamawiającego. Oznacza to, że termin, o którym mowa, nie może zostać przywrócony (przywróceniu podlegają tylko tzw. terminy procesowe).
Przepis **art. 180 ust. 2 ustawy** reguluje także drugą ważną kwestię – utrzymuje dotychczasowe rozwiązanie, według którego protest (treść protestu) uważa się za wniesiony z chwilą, gdy doszedł on do zamawiającego, w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią. Wykorzystano tu konstrukcję prawną przyjętą w prawie cywilnym (art. 61 Kc) dla oświadczenia woli, które ma być złożone innej osobie (jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią). Przyjęte rozwiązanie odpowiada istocie postępowania protestacyjnego. Trzeba pamiętać, że protest jest kierowany do zamawiającego, który go rozpoznaje i rozstrzyga o jego zasadności.
Protest wniesiony po terminie lub wniesiony przez podmiot nieuprawniony zamawiający jest obowiązany odrzucić (**art. 180 ust. 7 ustawy**).Podkreślenia wymaga, że odrzucenie protestu następuje tylko z przyczyn formalnych, w razie zaistnienia jednej z dwóch wymienionych wyżej przesłanek. Pierwsza z nich zachodzi, gdy z dokonanego przez zamawiającego obliczenia terminu wynika, że protest doszedł do niego – w sposób pozwalający na zapoznanie się z jego treścią – po upływie ustawowego terminu. W przypadku drugiej przesłanki konieczne jest ustalenie, że podmiot,

który wniósł protest nie jest do tego uprawniony. Odrzucenie protestu z podanych wyżej powodów jest obowiązkiem zamawiającego także wtedy, gdy protest jest merytorycznie uzasadniony. Odrzucenie protestu z przyczyn merytorycznych musi być potraktowane jako naruszenie przez zamawiającego przepisów **ustawy**. Wykonawca nie powinien mylić odrzucenia protestu z jego oddaleniem.
Przepis **art. 180 ust. 8 ustawy** określa warunki formalne, jakim powinien odpowiadać protest. Są to następujące warunki:
- wskazanie oprotestowanej czynności lub zaniechania zamawiającego,
- sprecyzowanie przez protestującego swego żądania,
- zwięzłe przytoczenie zarzutów wobec oprotestowanej czynności lub zaniechania zamawiającego,
- uzasadnienie protestu, tj. przytoczenie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

Powołany wyżej przepis określa minimum wymagań, jakim powinien odpowiadać protest. Są one jednak wystarczające, stwarzają bowiem protestującemu możliwość przedstawienia swoich racji, zamawiającemu zaś – ustosunkowanie się do nich.
Ustawodawca użył w powołanym przepisie dwóch pojęć, które wymagają komentarza – **„żądanie”** i **„zarzuty”**.
Przez „żądanie” należy rozumieć określenie zachowania zamawiającego, jakiego wykonawca oczekuje od zamawiającego w następstwie wniesionego protestu (najczęściej będzie to żądanie zmiany oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności zaniechanej, rzadziej żądanie unieważnienia oprotestowanej czynności czy unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia).
Z kolei, przez „zarzuty” rozumie się argumenty natury faktycznej i prawnej na rzecz stanowiska protestującego, że oprotestowana czynność zamawiającego została dokonana z naruszeniem prawa czy postanowień SIWZ, względnie, że zaniechana przez zamawiającego czynność należy do kręgu tych czynności, do których dokonania zamawiający był obowiązany na podstawie **ustawy.**
Żądanie powinno być w zasadzie jedno (chociaż nie można wykluczyć żądania alternatywnego), natomiast zarzutów może być wiele, przy czym ich ilość zależy od oceny przez wykonawcę oprotestowanej czynności czy zaniechania zamawiającego w kontekście naruszenia prawa, czy postanowień SIWZ.
Ustawodawca wymaga od protestującego zwięzłego przytoczenia zarzutów, przy czym wymaganie zwięzłości dotyczy również przytaczania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. Wiąże się to z charakterem prawnym protestu (sui generis reklamacji).
Barierą czasową, której wykonawca przy wnoszeniu protestu przekroczyć nie może stanowi moment zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (**art. 180 ust. 6 ustawy**). Wniesienie protestu po zawarciu umowy jest niedopuszczalne (wniosek a contrario z powołanego wyżej przepisu).

4. POSTĘPOWANIE PROTESTACYJNE

4.1. Uwagi ogólne

Znowelizowana ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadza bardzo istotne zmiany w zakresie filozofii wnoszenia i rozstrzygania środków ochrony prawnej.
Ustawodawca zachowuje podstawową zasadę, według której do środków ochrony prawnej należą:
1) protest - kierowany do zamawiającego,
2) odwołanie - kierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych celem jego rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą,
3) skarga kierowana do sądu okręgowego za pośrednictwem Prezesa UZP - możliwa do wniesienia zarówno przez odwołującego, jak i - co wreszcie wyraźnie wskazuje normodawca - przez zamawiającego.

Od tej zasady ustawodawca wprowadza jedno odstępstwo, a mianowicie ogranicza prawo do wniesienia odwołania i tym samym skargi do sądu w postępowaniach o zamówienie publiczne nieprzekraczających progów unijnych (**art. 184 ust.1 ustawy**).
Najistotniejszą zamianą, jaką przyniosła nowelizacja **ustawy** w 2006 roku, jest zapewnienie na poszczególnych etapach postępowania koncentracji sporu toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odwołania albo skargi do sądu. Stąd znowelizowanym przepisom Działu VI zatytułowanego „Środki ochrony prawnej" towarzyszyły również zmiany w przepisach proceduralnych **(art. 24 ust. 3 i art. 92ust. 1 ustawy).**
Ustawodawca wyraźnie wskazuje na podział procedury na różne etapy, zależnie od trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie. W tym kontekście zwrócić należy uwagę na istotne różnice w procedurze prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne. Wśród trybów, w oparciu o których procedurę, możliwe jest udzielenie zamówienia występują takie, w których proces kwalifikacji wykonawców jest wyodrębniony i poprzedza składanie ofert oraz takie, w których czynności zmierzające do ustalenia podstaw wykluczenia wykonawców dokonywane są równocześnie wraz z czynnościami oceny ofert.
Ustawodawca wskazał zatem na konieczność skumulowania zarzutów, jakie mogą być podniesione na poszczególnych etapach postępowania **(art. 180 ust. 2, 3 i 4 ustawy)**, jak również na konieczność łącznego rozpoznania postawionych zarzutów **(art. 183 ust.1 ustawy**). Skumulowanie zarzutów inaczej jednak będzie wyglądać w trybach o wyraźnie wyodrębnionej kwalifikacji wykonawców i inaczej w pozostałych.
W tych pierwszych ewentualne zarzuty dotyczące czynności oceny wykonawców będą wnoszone i rozpatrywane odrębnie od później wnoszonych zarzutów dotyczących oceny ofert. Podyktowane jest to faktem wyraźnego podziału procedury na dwa etapy.
W trybach równoczesnej oceny wykonawców i złożonych przez nich ofert wszystkie zarzuty dotyczące dokonanej oceny będą rozpatrywane jednocześnie z uwagi na fakt równoczesnego dokonania oceny ofert zarówno w sensie podmiotowym, jak i przedmiotowym.
Powyższe zamierzenie zostało osiągnięte poprzez nałożenie:

1) obowiązku równoczesnego dokonania poszczególnych czynności przez zamawiającego **(art. 24 ust. 3, art. 42 ust. 1, art. 51 ust. la, art. 51 ust. 4, art. 92ust. 1 ustawy);**
2) jednakowego dla wszystkich wykonawców terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej na poszczególne czynności zamawiającego (**art. 180 ustawy**);
3) obowiązku dokonania przez zamawiającego równoczesnego rozpatrzenia zarzutów, jakie zostały złożone na poszczególnych etapach postępowania **(art. 183 ust. 1 ustawy**).

Kolejną istotną zmianą, na którą należy zwrócić należy uwagę jest forma składanych protestów. Ustawodawca w tym zakresie upoważnia samego zamawiającego do wskazania, jaka, poza pisemną, forma obowiązywać będzie w tym postępowaniu **(art. 180 ust. 1 ustawy**). Podkreślić należy, że w interesie samego zamawiającego jest dopuszczenie formy faksowej czy też elektronicznej. Dopuszczenie tych form pozwoli bowiem na znacznie lepsze skoordynowanie czynności podejmowanych przez strony w postępowaniu protestacyjnym i umożliwi szybkie i jednoznaczne stwierdzenie dochowania, bądź braku dochowania, ustawowego terminu przewidzianego na wykonanie czynności w postępowaniu protestacyjnym.
W postępowaniach prowadzonych w trybach, w których ewentualne wykluczenie wykonawców z postępowania dokonywane jest równocześnie z oceną złożonych przez nich ofert procedura dzielić się będzie, co do zasady, na dwa zasadnicze etapy. Pierwszym z nich jest etap poprzedzający złożenie oferty, mający na celu ustalenie ostatecznej treści SIWZ, a drugim etap następujący po złożeniu ofert mający na celu ustalenie wyników postępowania.
Postępowania prowadzone w trybach, w których wykluczenie wykonawców poprzedza złożenie oferty dzielić się będą, co do zasady, na więcej niż dwa etapy. Pierwszym etapem będą czynności zmierzające do ustalenia, którzy z wykonawców są wykluczeni z postępowania, a którzy są zaproszeni do dalszego etapu postępowania. Drugi etap (podobnie jak pierwszy w postępowaniu dwuetapowym) będzie miał na celu ustalenie ostatecznej treści

SIWZ. Kolejny etap (podobnie jak drugi w postępowaniu dwuetapowym) ma na celu ustalenie wyniku postępowania.
Zauważyć należy, że ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (w postępowaniach o wartości nieprzekraczającej równowartości 10 000 000 euro dla dostaw i usług i 20 000 000 euro dla robót budowlanych) jest dzień wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a nie jak poprzednio doręczenie tego orzeczenia stronom **(art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy).** W postępowaniach przekraczających te wartości jest to dzień wydania wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy albo upływ terminu do wniesienia skargi **(art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. b ustawy).**

4.1.1. Etap pierwszy postępowania dwuetapowego

Rozpoczęcie tego etapu następuje wraz z wszczęciem przez zamawiającego postępowania którym jest opublikowanie ogłoszenia o postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Zakończeniem pierwszego etapu będzie ustalenie, ponad wszelką wątpliwość, treści ogłoszenia, jak i dokumentu stanowiącego podstawę złożenia ofert to jest specyfikacji istotnych warunków zamówienia. **Dlatego też ustawodawca wyraźnie wskazuje na prawo wykonawców do złożenia protestu na treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie rozpoczynającym swój bieg jednocześnie dla wszystkich uczestników postępowania, to jest od dnia publikacji ogłoszenia, a nie uzależnionym, jak dotychczas, od terminu pobrania specyfikacji od zamawiającego. Zmiany w przepisach proceduralnych zapewnić mają wszystkim wykonawcom równoczesny dostęp do ogłoszenia i SIWZ. Nowością wynikającą ze znowelizowanego Prawa zamówień publicznych jest obowiązek jednoczesnego rozstrzygnięcia przez zamawiającego wszystkich protestów, jakie zostały złożone na SIWZ w danym postępowaniu w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu na SIWZ (art. 183 ust.1 pkt 2 ustawy).**
Najwyraźniej widać to na przykładzie przetargu nieograniczonego, w którym SIWZ dostępna musi być na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o przetargu.
Dla przykładu:
Powiat prowadzi przetarg nieograniczony na udzielenie i obsługę kredytu. Wartość zamówienia wynosi ponad 220 000 euro. Wykonawcy (A i B) złożyli protest na postanowienia SIWZ 4 dni po jej zamieszczeniu na stronie internetowej. Przez kolejne dwa dni wpłynął jeden protest wykonawcy C. Zamawiający nie liczy terminu osobno od dnia wpłynięcia protestu wykonawców A i B, a osobno od protestu C. Czeka aż upłynie termin dla wszystkich wykonawców na wniesienie protestu na SIWZ w tym postępowaniu, który wynosi 14 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej (**art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy**). Rozstrzyga protesty w terminie 10 dni następujących po upływie 14 dnia od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Tryb udzielenia zamówienia	**Termin składania protestu Na SIWZ**	
	wartość zamówienia mniejsza niż progi unijne	**wartość zamówienia równa lub przekraczająca progi unijne**
Przetarg Nieograniczony	**7 dni** od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej	**14 dni** od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej
Inne Tryby	**7 dni** od dnia doręczenia SIWZ, jednak **nie później niż 3 dni** przed	**7 dni** od dnia doręczenia SIWZ jednak **nie później niż 6 dni** przed

	upływem terminu składania ofert	upływem terminu składania ofert

W pozostałych trybach dwuetapowych ustawodawca stara się zapewnić równoczesny dostęp do SIWZ wskazując w poszczególnych normach regulujących termin jej przekazania na konieczność jednoczesnego przekazania SIWZ wszystkim uczestnikom postępowania. W praktyce, zamawiający, chcąc uzyskać absolutną pewność dochowania tego samego terminu przekazania SIWZ winien dążyć do jej doręczenia w tym samym dniu wszystkim uczestnikom postępowania.
Zamawiający, po wpłynięciu protestu na treść ogłoszenia lub SIWZ, zmuszony będzie zaczekać z jego rozstrzygnięciem aż do upływu ostatniego przewidzianego przepisami terminu na wniesienie protestu na treść tych dokumentów **(art. 183 ust. 1 ustawy**), a następnie rozstrzygnąć w określonym ustawowo terminie wszystkie protesty, jakie wpłynęły w tej fazie postępowania. Rozwiązanie takie spowodowane zostało przeświadczeniem ustawodawcy, że tylko w momencie otrzymania od wszystkich niezadowolonych wykonawców ich uargumentowanych stanowisk zawierających zarzuty i żądania, zamawiający może zdecydować jaka winna być treść tych rozstrzygnięć.
Zanim jednak dojdzie do rozstrzygnięcia, zamawiający musi podać do wiadomości uczestników postępowania informacje o wpłynięciu protestów oraz ich treści czy to poprzez zamieszczenie kopii protestów na stronie internetowej, czy to w inny sposób. Zawiadomienie to zawierać musi wezwanie do przyłączenia się do postępowania protestacyjnego **(art. 181 ust. 3 ustawy**). Każdorazowo, gdy wykonawca, wykazując interes prawny w rozstrzygnięciu protestu, chciałby poprzeć stanowisko którejś ze stron (zamawiającego albo protestującego) winien przystąpić do postępowania protestacyjnego. Nieprzyłączenie się do postępowania protestacyjnego skutkuje brakiem możliwości samodzielnego podnoszenia zarzutów już podniesionych w terminie późniejszym **(art. 181 ust. 4 – 6 ustawy**). Nawet w sytuacji, gdy wykonawca zgadzać się będzie jedynie z częścią zarzutów podniesionych w proteście, winien przyłączyć się do postępowania protestacyjnego w części popierając protestującego a w pozostałej części zamawiającego. Jeśli w ocenie wykonawcy zarzuty podniesione w proteście są niewystarczające z uwagi na fakt, że jeszcze inne zarzuty winny być podniesione, to w zakresie zarzutów niepodniesionych w proteście, winien złożyć protest samodzielnie.
Przyłączenie się do postępowania protestacyjnego rodzi uprawnienie do wniesienia samodzielnego odwołania, niezależnie od dalszej decyzji protestującego w przedmiocie wniesienia odwołania.
Ustawodawca nie rozstrzyga o ewentualnej możliwości wycofania protestu, stąd stwierdzić należy, że, co do zasady, można mówić o wycofaniu protestu dopiero wówczas, gdy bezskutecznie upłynie termin przewidziany na wniesienie odwołania.
Ostateczne rozstrzygnięcie protestów wniesionych na danym etapie postępowania będzie wiążące dla wszystkich jego uczestników **(art. 181 ust. 7 ustawy**).

4.1.2. Etap drugi

Zakończeniem poprzedniego etapu będzie, jak wcześniej wskazano, ostateczne ustalenie treści SIWZ. **Upływ terminu składania ofert rozpoczyna etap drugi**. W obowiązującej do 2006 r. **ustawie,** ustawodawca nie przesądzał jednoznacznie o konieczności dokonywania równocześnie czynności wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Co prawda norma wskazująca na obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów pośrednio wskazywała na konieczność dokonywania tych czynności równocześnie, jednak w powszechnym mniemaniu prawidłowym było, w pierwszym rzędzie, dokonać ewentualnego wykluczenia wykonawców, a dopiero później przesądzać o odrzuceniu ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.

W znowelizowanym od 2006 roku stanie prawnym w postępowaniu dwuetapowym czynności zmierzające do wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej muszą być wykonane równocześnie, a wykonawcy winni być powiadomieni o skutkach wszystkich tych czynności jednocześnie. Oznacza to konieczność równoczesnego skierowania do wykonawców, którzy złożyli oferty, pisma zawiadamiającego o wynikach przetargu, zawierającego zarówno informacje o wykluczonych wykonawcach, odrzuconych ofertach i wskazanie wyboru oferty najkorzystniejszej **(art. 92 ust. 1 ustawy).** Podkreślić należy, że zanim zamawiający ustali, którzy spośród wykonawców podlegają wykluczeniu, winien umożliwić wykonawcom, którzy złożyli wadliwe dokumenty podmiotowe, lub nie złożyli wymaganych dokumentów ich uzupełnienie. Wykonawcy, otrzymawszy zawiadomienie o wynikach przetargu mogą, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, złożyć protest. Podobnie, jak w etapie pierwszym, protest nie może być rozstrzygnięty przed upływem ostatniego terminu przewidzianego na jego wpłyniecie. I w tym etapie, zamawiający obowiązany będzie rozstrzygnąć równocześnie wszystkie protesty, jakie wpłynęły na tym etapie postępowania.

4.1.3. Postępowanie wieloetapowe

W takich postępowaniach jedyna różnica polegać będzie na wyodrębnieniu etapu zmierzającego do ustalenia listy zakwalifikowanych do dalszego etapu wykonawców. Etap ten rozpocznie się wraz z opublikowaniem ogłoszenia o postępowaniu, na treść którego wykonawcy będą mogli wnieść protest. Termin na wniesienie protestu, podobnie, jak **w** postępowaniu dwuetapowym, zależny będzie od wartości zamówienia i rozpocznie swój bieg następnego dnia po opublikowaniu ogłoszenia. Zasady rozstrzygania protestu przez zamawiającego, przyłączenia się do postępowania protestacyjnego i skutków nieprzystąpienia są identyczne, jak w postępowaniu dwuetapowym. Etap kończy się ostatecznym ustaleniem listy zakwalifikowanych wykonawców i równoczesnym powiadomieniem wykonawców o tym fakcie. Podkreślić należy, że i tutaj, zanim zamawiający podejmie decyzje o wykluczeniu wykonawcy na skutek niezłożonych dokumentów wymaganych ogłoszeniem lub złożenia dokumentów zawierających błędy, winien wezwać wszystkich wykonawców, którzy popełnili takie błędy lub nie złożyli dokumentów do ich uzupełnienia.
Otrzymanie powyższego zawiadomienia zawierającego podstawy wykluczenia z postępowania oraz kwalifikacji do dalszego udziału jest podstawą podjęcia decyzji o ewentualnym wniesieniu protestu na te czynności zamawiającego. I znowu zasady rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego, przyłączenia się do postępowania protestacyjnego i skutków nieprzystąpienia są identyczne, jak w postępowaniu dwuetapowym. Etap kończy się ostatecznym ustaleniem listy zakwalifikowanych do dalszego udziału w postępowaniu.
Kolejne etapy przebiegają w sposób prawie identyczny do postępowania dwuetapowego. Jedyne różnice polegają na uwzględnieniu odrębności właściwych dla danego trybu postępowania, polegających głównie na tym, że, co do zasady, etap wykluczenia wykonawców jest już dokonany.

4. 2. Postępowanie odwoławcze

W zakresie postępowania odwoławczego nowelizacja **ustawy** w 2006 r. i w 2007 r. przyniosła liczne zmiany. Pierwszą i podstawową zmianą jest możliwość wniesienia odwołania przez wykonawcę, który wniósł protest lub tego, który przystąpił do postępowania protestacyjnego. Znowelizowana ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadza instytucję przyłączenia się do postępowania odwoławczego **(art. 184 ust. 4 ustawy**). Sytuacja przyłączającego się do postępowania odwoławczego będzie jednak zasadniczo inna od sytuacji przyłączającego się do postępowania protestacyjnego.

Możliwość przyłączenia się do postępowania odwoławczego, co do zasady, zbieżna jest z instytucją interwencji ubocznej uregulowaną w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego, z tą oto różnicą, że ostatecznym terminem, w którym można przyłączyć się do postępowania odwoławczego jest otwarcie posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej. Odmiennie od przyłączenia się do postępowania protestacyjnego, wraz ze złożeniem oświadczenia o przyłączeniu się do postępowania odwoławczego, wykonawca musi wskazać, oprócz interesu prawnego w przystąpieniu, także stronę do której przystępuje. Rozwiązanie to podyktowane jest kontradyktoryjnym charakterem procesu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zasadą, jaką respektować musi przyłączający się do postępowania odwoławczego jest pozostawanie w zgodności ze stroną, do której przystępuje **(art. 184 ust. 5 ustawy**). Odwrotnie niż w przypadku przyłączenia się do postępowania protestacyjnego, skuteczne przyłączenie się do postępowania odwoławczego zależne jest od woli odwołującego, bowiem w sytuacji, gdy odwołujący cofnie odwołanie skutki tego cofnięcia rozciągną się na przyłączającego się. Z uwagi na powyższy fakt przyłączający się do postępowania odwoławczego podejmuje ryzyko, w pełni będąc w tym zakresie uzależnionym od woli odwołującego się.

Po otrzymaniu rozstrzygnięcia protestu dokonanego przez zamawiającego, wykonawca winien zważyć co lepiej zabezpiecza jego interes - samodzielne wniesienie odwołania czy też przyłączenie się do postępowania odwoławczego wniesionego przez kogoś innego. Instytucja przyłączenia się do postępowania odwoławczego została w istocie pomyślana jedynie na użytek tych spośród wykonawców, którzy byli uczestnikami postępowania protestacyjnego i z jakichś powodów zdecydowali o niewniesieniu samodzielnego odwołania. Może być to spowodowane brakiem możliwości samodzielnego wniesienia wpisu warunkującego rozpoznanie odwołania, czy też zwyczajnym spóźnieniem w zakresie przepisanego ustawą terminu. Nie powinno to być jednak regułą z uwagi na możliwość cofnięcia odwołania przez odwołującego.

Rozstrzygnięcie dokonane przez zespół arbitrów, od którego nie zostanie wniesione odwołanie będzie miało powagę rzeczy osądzonej nie tylko wobec zamawiającego i wnoszącego odwołanie, lecz również wobec tych, którzy się przyłączyli do postępowania odwoławczego. Wobec innych uczestników postępowania w praktyce będzie to miało również identyczny skutek ze względu na fakt, że ewentualne zarzuty, jakie mogliby podnosić pozostali wykonawcy będą zawsze zarzutami spóźnionymi.

Nowością wprowadzoną w 2006r., jest norma uprawniająca Prezesa Urzędu do zarządzenia łącznego rozpoznania przez Krajową Izbą Odwoławczą (przed nowelizacją w 2007 r. przez zespół arbitrów) odwołań, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu lub dotyczą tych samych czynności zamawiającego **(art. 187 ust. 1 ustawy**). Norma ta jest jednak prostą konsekwencją zmiany w filozofii rozstrzygania sporów powstałych na gruncie prawa zamówień publicznych, a polegającej na doprowadzeniu do koncentracji zarzutów i co za tym idzie ich rozstrzygnięcia.

Warunkiem rozpoznania odwołania jest uiszczenie wpisu. O ile wpis nie został uiszczony, wówczas Prezes UZP wydaje postanowienie o zwrocie odwołania.

Nowymi okolicznościami skutkującymi odrzuceniem odwołania są **(art. 187 ust. 4 pkt 6 i 7 ustawy**):

1) sytuacja, gdy odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z przepisami **ustawy** dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
2) nieprzekazanie przez odwołującego kopii odwołania zamawiającemu zgodnie z przepisem nakazującym przekazanie kopii odwołania.

Odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem przekazuje się niezwłocznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom **(art. 192 ust. 5 ustawy**).

Jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu niejawnym strony, świadków, a także powołać biegłych w sytuacji, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych. Jeżeli odwołujący cofnął odwołanie następuje umorzenie postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny.

Izba o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu orzeka wyrokiem. W przypadku łącznego rozpoznania Krajowa Izba Odwoławcza może wydać łączne orzeczenie w sprawie złożonych odwołań.
Na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oraz na postanowienie kończące postępowanie odwoławcze przysługuje, jak dotychczas skarga do sądu. Nie przysługuje skarga od postanowienia Prezesa UZP w przedmiocie zwrotu odwołania. Skargę rozpatruje sąd okręgowy właściwy dla siedziby lub miejsca zamieszkania zamawiającego.

4.2.1. Krajowa Izba Odwoławcza

Nowelizacja **ustawy – Prawo zamówień publicznych** z dnia 13 kwietnia 2007 roku utworzyła **Krajową Izbę Odwoławczą** do rozpoznawania odwołań od rozstrzygnięć protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia (**art. 172 ust.1 ustawy**).
Organami Krajowej Izby Odwoławczej są:
1) Prezes,
2) wiceprezes,
3) zgromadzenie ogólne, które tworzą członkowie Izby.
W skład Krajowej Izby Odwoławczej wchodzi nie więcej niż 100 członków powoływanych i odwoływanych przez Prezesa Rady Ministrów spośród osób spełniających określone w **ustawie** wymagania, i które uzyskały najlepsze wyniki w postępowaniu kwalifikacyjnym. Nawiązanie stosunku pracy z członkami Krajowej Izby Odwoławczej następuje na podstawie powołania w terminie określonym w akcie powołania. Czynności w sprawach z zakresu prawa pracy dotyczącym członków Izby wykonuje Prezes UZP. Członkowstwa w Izbie nie można łączyć z innym zatrudnieniem ani wykonywaniem innych zajęć zarobkowych z wyjątkiem działalności naukowej i naukowo – dydaktycznej. Członkowie Izby nie mogą też prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, być członkami zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej ani pełnomocnikami spółek prawa handlowego.
Krajowa Izba Odwoławcza rozpatruje odwołania w składzie trzyosobowym. Prezes Izby wskazuje przewodniczącego składu orzekającego Izby spośród wyznaczonych członków. Uwzględniając odwołanie, Izba może:
1) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego;
2) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego;
3) unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia.

4.3. Zadania Komisji Przetargowej po wniesieniu protestu

Po pierwsze, Komisja Przetargowa jest zobowiązana zawiadomić niezwłocznie (bez zbędnej zwłoki, tego samego lub następnego dnia) uczestniczących w postępowaniu wykonawców o wniesieniu protestu oraz jego treści (art. 181 ust. 3 ustawy). Zawiadomienie to Komisja Przetargowa sporządza na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 69.** Zawiadomienie akceptuje i podpisuje Pełnomocnik a Sekretarz doręcza wykonawcom. Zawiadomienie to umożliwia wykonawcom skorzystania z instytucji przystąpienia do protestu (**art.181 ust. 4 ustawy**). Termin przystąpienia wykonawcy do protestu został skrócony do 3 dni, licząc od zawiadomienia o wniesieniu protestu **(art. 181 ust. 4 ustawy).** Instytucja ta nie wzbudzała, jak dotychczas, większego zainteresowania wykonawców. Warto ją jednak polecić, gdyż stwarza szansę uczestnictwa w postępowaniu protestacyjnym, w tym samodzielnego korzystania ze środków ochrony prawnej, rezygnacja zaś wyłącza możliwość wniesienia protestu, z powołaniem się na te same okoliczności **(art. 181 ust. 5 ustawy).**
Po drugie, w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert (dotyczy to większości wnoszonych protestów) bieg terminu związania ofertą (art. 85 ustawy) ulega zawieszeniu (a nie przerwaniu, jak pod rządem ustawy z 1994 r.) do czasu ostatecznego

rozstrzygnięcia protestu (art. 181 ust.1 ustawy). Oznacza to, że od chwili biegu terminu związania ofertą (fakt zawieszenia powinien być odnotowany w dokumentacji postępowania) do ostatecznego rozstrzygnięcia protestu (**art. 182 ust.2 ustawy**) termin ten nie biegnie. Termin biegnie dalej (a nie od nowa) po ustaniu przyczyny zawieszenia, tj. po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.
Rozstrzygnięcie protestu polega na:
- odrzuceniu protestu,
- oddaleniu protestu,
- uwzględnieniu protestu

Jak już wyżej podkreślono, **odrzucenie protestu** może nastąpić w razie zaistnienia przesłanek formalnych określonych w **art. 180 ust. 5 ustawy** – wniesienia protestu po terminie lub przez podmiot nieuprawniony.
W tym miejscu celowym jest wskazanie, że Komisja Przetargowa – odrzucając protest – powinna wskazać przyczynę odrzucenia, a nadto ustosunkować się do meritum protestu na wypadek złożenia przez protestującego odwołania od odrzucenia protestu.
Obowiązek ten nie wynika wprawdzie wprost z przepisu ustawy, lecz z jej logiki, jako że jego wykonanie stwarza zespołowi arbitrów – który rozpozna odwołanie i nie podzieli rozstrzygnięcia co do zasadności odrzucenia protestu – możliwość uwzględnienia wiedzy zamawiającego co do merytorycznej zasadności protestu. Wymaga przypomnienia, że zespół arbitrów nie ma uprawnienia do wydania w takiej sytuacji orzeczenia kasacyjnego, tj. do uchylenia rozstrzygnięcia zamawiającego w przedmiocie odrzucenia protestu i przekazania mu sprawy do ponownego rozpatrzenia.
Oddalenie protestu jest rozstrzygnięciem o jego merytorycznej bezzasadności, tj. bezzasadności zarzutów podniesionych w proteście, a w konsekwencji także zawartego w nim żądania.
Uwzględnienie protestu oznacza uznanie przez Komisję Przetargową merytorycznej zasadności choćby jednego z zarzutów podniesionych w proteście, a w konsekwencji zawartego w nim żądania. Należy podkreślić, że przedmiotem protestu jest żądanie protestującego, a zarzuty stanowią argumentację (faktyczną i prawną) na rzecz zasadności żądania. Okoliczność, że nie wszystkie zarzuty zostały przez protestującego wykazane nie uprawnia Komisji Przetargowej do częściowego uwzględnienia żądania. Wyraz swemu stanowisku w kwestii zasadności żądania Komisja Przetargowa daje w rozstrzygnięciu protestu, a w kwestii zasadności poszczególnych zarzutów – w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu.
Rozstrzygnięcie protestu wraz z jego uzasadnieniem faktycznym i prawnym oraz pouczeniem o sposobie i terminie odwołania przygotowuje Komisja Przetargowa odpowiednia na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 70** - jeżeli oddala lub odrzuca protest, na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 70a** – jeżeli uwzględnia w części lub w całości protest. Rozstrzygnięcie protestu podpisuje Pełnomocnik. Po podpisaniu rozstrzygnięcia protestu przez Pełnomocnika, Sekretarz Komisji ma obowiązek doręczyć protestującemu, a jeżeli inny uczestnik postępowania przystąpił do protestu – również temu uczestnikowi (**art. 183 ust. 2 ustawy**).
Skutkiem prawnym uwzględnienia protestu jest powtórzenie przez Komisję Przetargową oprotestowanej czynności lub dokonanie czynności zaniechanej (art. 183 ust. 5 ustawy).
Ustawa nie określa terminu powtórzenia czynności zamawiającego czy dokonania czynności przez niego zaniechanej. Wgląd na zasady szybkości i sprawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skłania do wniosku, że powinno to nastąpić bez zbędnej zwłoki.
O powtórzeniu czynności lub dokonania czynności zaniechanej Komisja Przetargowa jest obowiązana (czynność obligatoryjna) poinformować protestującego i pozostałych wykonawców stosując do tej czynności **formularz zgodny z treścią załącznika nr 70b.** Informację akceptuje i podpisuje Pełnomocnik a Sekretarz Komisji doręcza wykonawcom. Brak tej informacji w określonym czasie (uwzględniającym konkretny stan rzeczy) uprawnia każdy z tych podmiotów do korzystania ze środków ochrony prawnej.
Wykonawca, po doręczeniu mu rozstrzygnięcia protestacyjnego, w zależności od treści tego rozstrzygnięcia powinien:
- w razie odrzucenia lub oddalenia protestu – rozważyć wniesienie odwołania i w przypadku decyzji o

skorzystaniu z tego środka ochrony prawnej, przygotować a następnie wnieść odwołanie,
- w razie uwzględnienia odwołania – dopilnować, by zamawiający powtórzył oprotestowaną czynność w zakresie objętym protestem lub dokonał czynności zaniechanej, a w razie stwierdzenia zaniechania powtórzenia czynności rozważyć wniesienie protestu wobec tego zaniechania.

Od oddalenia lub odrzucenia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie informując o wniesieniu odwołania zamawiającego.

Po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu Komisja na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 71** informuje wykonawców o przywróceniu biegu terminu związania ofertą. Zawiadomienie akceptuje i podpisuje Pełnomocnik.

VII. POZOSTAŁE CZYNNOŚCI PO WYBORZE NAJKORZSTNIEJSZEJ OFERTY

Jeżeli zgodnie ze SIWZ, oferent którego oferta została wybrana, winien wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, Sekretarz Komisji przygotowuje na piśmie do Wydziału Finansowego Starostwa informację o wysokości, formie oraz o terminie jego wniesienia i przewidywanym terminie zwrotu tego zabezpieczenia na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 72.** Pismo do Wydziału Finansowego Starostwa podpisuje Przewodniczący Komisji Przetargowej. W przypadku przekazania przez oferenta, którego oferta została wybrana, dokumentu stwierdzającego wniesienie zabezpieczenie należytego wykonania umowy, w innej formie niż w pieniądzu, Sekretarz Komisji, dokument ten Sekretarz Komisji niezwłocznie deponuje w kasie Starostwa.

1. INFORMACJA O FORMACH I WYSOKOŚCI ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

1.1. Przyjmowanie zabezpieczenie należytego wykonania umowy

Jeżeli zgodnie ze SIWZ, wykonawca którego oferta została wybrana, winien wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, Sekretarz Komisji przygotowuje na piśmie do wydziału finansowego urzędu informację o wysokości, formie oraz o terminie jego wniesienia i przewidywanym terminie zwrotu tego zabezpieczenia na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 72**. Pismo do wydziału finansowego urzędu podpisuje Przewodniczący Komisji Przetargowej. W przypadku przekazania przez wykonawcę,którego oferta została wybrana, dokumentu stwierdzającego wniesienie zabezpieczenie należytego wykonania umowy, w innej formie niż w pieniądzu, Sekretarz Komisji, dokument ten Sekretarz Komisji niezwłocznie deponuje w kasie Starostwa.
Zabezpieczenie należytego wykonania umowy wnoszone w pieniądzu wykonawca winien wpłacić na konto Starostwa Powiatowego w Pabianicach. Wydział merytoryczny jest obowiązany uzgodnić numer konta z Naczelnikiem Wydziału Finansowego. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy wnoszone w innej formie niż w pieniądzu wykonawca winien zdeponować w kasie Starostwa. Niedopuszczalne jest przechowywanie przez merytoryczny wydział stosownego dokumentu w dokumentacji postępowania.

2. PODPISANIE UMOWY O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Umowa przed podpisaniem podlega opiniowaniu przez radcę prawnego, który w szczególności bada zgodność projektu umowy z warunkami umowy zawartymi w SIWZ oraz ewentualne zmiany wprowadzone w treści umowy w toku postępowania przez zamawiającego z własnej inicjatywy lub na wniosek złożony przez wykonawcę. 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 (**art. 94 ust.1 ustawy**). Nowelizacja **ustawy** z 13 kwietnia 2007 roku wprowadziła sankcję nieważności umowy zawartej przed upływem 7 – dniowego terminu od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (**art. 146 ust.1 pkt 7 ustawy**).
W wyniku nowelizacji ustawy w 2007 r. zmianie uległ ust.1 art. 94 oraz dodany został do tego artykułu ust.1a. Stosownie do wprowadzonych zmian zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później niż przed upływem terminu zwiania ofertą, z zastrzeżeniem ust.1a. Zgodnie z brzmieniem art. 94 ust. 1a zamawiający będzie mógł zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jeżeli poinformuje wykonawców przed upływem tego terminu o wyborze oferty, a wybrany wykonawca wyrazi zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie.

Zgodnie z **art. 140 ust. 2 ustawy** w szczególnie uzasadnionych przypadkach możliwa jest zmiana sposobu spełnienia świadczenia. Możliwość taka została wprowadzona nowelizacją **ustawy** z 2006 roku.Zmiana sposobu spełnienia świadczenia dopuszczalna jest w dwóch przypadkach, ale tylko przed zawarciem umowy. Po pierwsze w przypadku, gdy jest to konieczne z uwagi na zaistnienie okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty. Po drugie, gdy zmiana sposobu świadczenia jest korzystna dla zamawiającego, a wykonawca wyrazi na nią zgodę. Jeśli zatem wykonawca nie wyrazi zgody na zamianę sposobu spełnienia świadczenia, nie będzie ona dopuszczalna nawet w przypadku, gdy będzie korzystna dla zamawiającego. Na gruncie prawa cywilnego niedopuszczalna bowiem jest jednostronna zmiana umowy. Uzależnienie zmiany sposobu świadczenia od zgody wykonawcy jest wyrazem równorzędności stron stosunku cywilnoprawnego. Należy pamiętać, że na podstawie **art. 140 ust. 2 ustawy** można zmienić wyłącznie „**sposób spełnienia świadczenia**". Pojęcie to odnosi się do zawartych w ofercie technicznych aspektów realizacji świadczenia, np.:

- sposobu dostarczenia przedmiotu zamówienia,
- harmonogramu wykonania robót,
- miejsca spełnienia świadczenia,
- wielkości dostawy lub wielkości poszczególnych dostaw. Nie wchodzi w tym przypadku w grę zmiana wielkości dostaw, poprzez roszerzenie przedmiotu zamówienia. Mowa jest tu o sytuacjach gdy np. zamawiający przewidział dostawy częściowe czy sukcesywne i chce zmienić wielkość jedynie częściowej dostawy, nie modyfikując globalnej, maksymalnej wielkości zamówienia. Roszerzenie przedmiotu zamówienia wykracza poza zakres pojęcia „sposób spełnienia świadczenia".

Niedopuszczalna jest zmiana sposobu spełnienia świadczenia w zakresie zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie, które były przedmiotem oceny w toku postępowania. Przykładem mogą być:
- termin realizacji świadczenia,
- warunki gwarancji,
- parametry techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia,

które były przedmiotem oceny w ramach kryteriów oceny ofert.
Przy ustalaniu w umowie terminu zapłaty za przedmiot zamówienia, należy pamiętać o uregulowaniach zawartych w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Dla lepszego zobrazowania tego problemu, w dalszej części niniejszego rozdziału zamieszczony został zarówno tekst ustawy, jak i stanowisko judykatury oraz doktryny.
Zgodnie z art. 140 ustawy, umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ . Zgodnie z art.142 ust.1 ustawy umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony. Zawarcie umowy na czas dłuższy niż 3 lata wymaga wcześniejszej zgody Prezesa Urzędu. Umowę podpisują upoważnieni przez Zarząd Powiatu dwaj członkowie Zarządu Powiatu lub upoważniony przez Zarząd jeden członek Zarządu i osoba upoważniona przez Zarząd. Wniosek o upoważnienie osób do podpisania umowy przedkłada do Zarządu Powiatu na piśmie Przewodniczący Komisji Przetargowej. Umowa powinna być sporządzona w co najmniej 4 egzemplarzach, które otrzymują:

- wykonawca,
- merytorycznie właściwy wydział,
- Naczelnik Wydziału Finansowego,
- Pełnomocnik.

Pełnomocnik prowadzi w formie elektronicznej **„Centralny rejestr zawartych umów o zamówienie publiczne "** na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 73.**

2.1. Ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych

USTAWA[150]
z dnia 12 czerwca 2003 r.
o terminach zapłaty w transakcjach handlowych[151]

Art. 1. Ustawa określa szczególne uprawnienia wierzyciela i obowiązki dłużnika w związku z terminami zapłaty w transakcjach handlowych.

Art. 2. Transakcją handlową w rozumieniu ustawy jest umowa, której przedmiotem jest odpłatne dostarczanie towaru lub odpłatne świadczenie usług, jeżeli strony tej umowy zawierają ją w związku z wykonywaną przez siebie działalnością gospodarczą lub zawodową.

Art. 3. Ustawę stosuje się do transakcji handlowych, których wyłącznymi stronami są:

1) przedsiębiorcy w rozumieniu art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178, z późn. zm.(1));

2) podmioty prowadzące działalność, o której mowa w art. 3 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej;

3) podmioty, o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177);

4) *skreślony*

5) osoby wykonujące wolny zawód;

6) oddziały i przedstawicielstwa przedsiębiorców zagranicznych;

7) podmioty zagraniczne prowadzące na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorstwa na podstawie ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (Dz. U. z 1989 r. Nr 27, poz. 148, z późn. zm.(3)).

Art. 4. Ustawy nie stosuje się do:

1) długów objętych postępowaniami prowadzonymi na podstawie przepisów prawa upadłościowego i prawa układowego;

2) umów, na podstawie których są wykonywane czynności bankowe w rozumieniu art. 5 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.(4));

3) umów, których przedmiotem jest świadczenie polegające na odpłatnym dostarczaniu towarów lub świadczeniu usług, finansowane w całości lub w części ze środków:

a) międzynarodowych instytucji finansowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem lub z którymi ma zawarte umowy o współpracy,

b) pochodzących z bezzwrotnej pomocy Unii Europejskiej,

c) pochodzących z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności Unii Europejskiej;

4) umów, których stronami są wyłącznie podmioty, o których mowa w art. 5 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 i Nr 96, poz. 874).

Art. 5. Jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku - do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego.

Art. 6. 1. Jeżeli termin zapłaty nie został określony w umowie, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu świadczenia niepieniężnego - do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego.

2. Za dzień wymagalności świadczenia pieniężnego, o którym mowa w ust. 1, uważa się dzień

---

[150] Ustawa z dnia 12 lipca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323 z późn. zm), Publ. LexPolonica

[151] Dz. U. Nr 139, poz. 1323 z późn. zm.

określony w pisemnym wezwaniu dłużnika do zapłaty, w szczególności w doręczonej dłużnikowi fakturze lub rachunku.

Art. 7. Jeżeli dłużnik, w terminie określonym w umowie albo wezwaniu, o którym mowa w art. 6 ust. 2, nie dokona zapłaty na rzecz wierzyciela, który spełnił określone w umowie świadczenie niepieniężne, wierzycielowi przysługują, bez odrębnego wezwania, odsetki w wysokości odsetek za zwłokę, określanej na podstawie art. 56 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926, z późn. zm.[(5)]), chyba że strony uzgodniły wyższe odsetki, za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty.

Art. 8. O zapłatę odsetek, o których mowa w art. 5-7, w imieniu i na rzecz wierzyciela będącego podmiotem, o którym mowa w art. 3, może wystąpić, na jego wniosek, krajowa lub regionalna organizacja, której celem statutowym jest ochrona interesów takich podmiotów.

Art. 9. Czynność prawna wyłączająca lub ograniczająca uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5-8, jest nieważna.

Art. 10. W ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.[(6)]) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 485:

a) po § 2 dodaje się § 2a w brzmieniu:

„§ 2a. Sąd wydaje nakaz zapłaty na podstawie dołączonej do pozwu umowy, dowodu spełnienia wzajemnego świadczenia niepieniężnego oraz dowodu doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, jeżeli powód dochodzi należności zapłaty świadczenia pieniężnego lub odsetek w transakcjach handlowych określonych w ustawie z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323).”;

b) § 4 otrzymuje brzmienie:

„§ 4. Dopuszczalne jest dołączenie odpisów dokumentów, o których mowa w § 1 i 2a, jeżeli ich zgodność z oryginałem jest poświadczona przez notariusza albo występujących w tej sprawie adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego. Jeżeli nie dołączono oryginału weksla lub czeku albo dokumentów określonych w § 3, przewodniczący wzywa powoda do ich złożenia pod rygorem zwrotu pozwu na podstawie art. 130.”;

2) art. 486 otrzymuje brzmienie:

„Art. 486. § 1. W razie braku podstaw do wydania nakazu zapłaty, przewodniczący wyznacza rozprawę, chyba że sprawa może być rozpoznana na posiedzeniu niejawnym.

§ 2. W sprawach, o których mowa w art. 485 § 2a, sąd wydaje nakaz zapłaty, a w razie braku podstaw do jego wydania przewodniczący wyznacza rozprawę albo posiedzenie niejawne nie później niż przed upływem 2 miesięcy od dnia wniesienia pozwu albo od dnia uzupełnienia braków pozwu.”.

Art. 11. W ustawie z dnia 13 czerwca 1967 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2002 r. Nr 9, poz. 88 i Nr 233, poz. 1955 oraz z 2003 r. Nr 45, poz. 391 i Nr 96, poz. 874) w art. 10 dodaje się pkt 9 w brzmieniu:

„9) powództwa o zapłatę należności, o których mowa w art. 485 § 2a ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego.”.

Art. 12. Ustawy nie stosuje się do transakcji handlowych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy, jeżeli dostarczenie towaru lub świadczenie usługi nastąpiły przed tym dniem.

Art. 13. Do dnia uzyskania przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej przepisów ustawy nie stosuje się do umów, w których stroną zobowiązaną do świadczenia pieniężnego jest:

1) publiczny zakład opieki zdrowotnej w rozumieniu art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408, z późn. zm.[(7)]) w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych;

2) jednoosobowa spółka Skarbu Państwa prowadząca zakład lecznictwa uzdrowiskowego w rozumieniu art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o uzdrowiskach i lecznictwie uzdrowiskowym (Dz. U. Nr 23, poz. 150, z 1987 r. Nr 33, poz. 180, z 1989 r. Nr 35, poz. 192, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1998 r. Nr 162, poz. 1116 oraz z 2000 r. Nr 120, poz. 1268) w zakresie udzielania świadczeń zapobiegawczych i leczniczych.

Art. 14. Traci moc ustawa z dnia 6 września 2001 r. o terminach zapłaty w obrocie gospodarczym (Dz. U. Nr 129, poz. 1443).
Art. 15. Ustawa wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2004 r.

2.2. Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 13 stycznia 2006 r., sygn. akt III CZP 124/2005

Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna[152]
z dnia 13 stycznia 2006 r.
III CZP 124/2005

Umowa zawierana w celu realizacji zadań własnych gminy określonych w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Tekst jednolity: Dz. U. 2001 r. Nr 142 poz. 1591 ze zm.) może stanowić transakcję handlową w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. 2003 r. Nr 139 poz. 1323 ze zm.).
SSN Elżbieta Skowrońska-Bocian (przewodniczący, sprawozdawca).
SSN Teresa Bielska-Sobkowicz, SSN Dariusz Zawistowski.
Protokolant Bożena Nowicka.
Sąd Najwyższy w sprawie zamawiającego Gminy Miasta Torunia przeciwko Konsorcjum F.W. *„P."* Marek P. - Lider Konsorcjum, J. sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, w którego imieniu działa F.W. *„P."* Marek P. ul. F. 11, 09-500 G. o zamówienie publiczne pn. *„budowa boiska do hokeja ze sztuczną trawą wraz z robotami towarzyszącymi - etap I przy ul. S.C. w Toruniu"* po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 13 stycznia 2006 r., zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Toruniu postanowieniem z dnia 21 listopada 2005 r.,
„Czy przepisy ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. 2003 r. Nr 139 poz. 1323 ze zm.) mają zastosowanie do umów zawieranych przez gminę w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 19 poz. 177), gdy przedmiotem zamówienia publicznego jest realizacja zadań własnych gminy, określonych w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. 2001 r. Nr 142 poz. 1591 ze zm.)?"
podjął uchwałę.

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 21 listopada 2005 r. Sąd Okręgowy w Toruniu przedstawił Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne o treści sformułowanej w tym postanowieniu. Zagadnienie to powstało przy rozpoznawaniu skargi zamawiającego - Gminy Miasta Torunia od wyroku Zespołu Arbitrów w Warszawie. Zespół Arbitrów rozpoznał odwołanie wniesione przez Konsorcjum F.W. *„P."* Marek P. i J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gostyninie od oddalenia przez zamawiającego Prezydenta Miasta Torunia protestu z dnia 23 czerwca 2005 r. i wyrokiem z dnia 27 lipca 2005 r. unieważnił postępowanie i orzekł o kosztach postępowania.
Z uzasadnienia wyroku Zespołu Arbitrów wynika, że zamawiający w dniu 20 czerwca poinformował Konsorcjum, że jego oferta, złożona w toku postępowania przetargowego o zamówienie publiczne pod nazwą *„budowa boiska do hokeja za sztuczną trawą wraz z robotami towarzyszącymi - etap I przy ul. S.C. w Toruniu"* , została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem dołączenia do oferty dokumentu w postaci harmonogramu rzeczowo-finansowego uwzględniającego terminy realizacji i warunku płatności.
Zespół Arbitrów ustalił, że zamawiający pismem z dnia 16 maja 2005 r. dokonał zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i wzoru umowy w ten sposób, że termin realizacji zamówienia określił rozpoczęciem robót nie później niż 7 dnia po podpisaniu umowy, a termin zakończenia robót nie później niż do dnia 15 marca 2006 r.; wśród wymaganych dokumentów składających się na ofertę umieścił harmonogram rzeczowo-finansowy uwzględniający terminy

[152] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 13 stycznia 2006 r., sygn. akt III CZP 124/2005, pub. LexPolonica

realizacji i warunki płatności zgodnie z zapisami zawartymi we wzorze umowy; określił, że zapłata wynagrodzenia nastąpi w latach 2005, 2006 i 2007, z tym, że w roku 2007 faktura końcowa w kwocie 1.200.000 zł. Dokonane zmiany nie były przedmiotem wyjaśnień oraz protestu.
W ocenie Zespołu Arbitrów zmiany w SIWZ dokonane przez zamawiającego pismem z dnia 16 maja 2005 r. naruszają postanowienia ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. 2003 r. Nr 139 poz. 1323 ze zm.), a konkretnie art. 3 pkt 3 stanowiący, że ustawę stosuje się do transakcji handlowych, których wyłącznymi stronami są podmioty wymienione w art. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych; art. 5 przewidujący, że jeżeli strony w umowie przewidziały termin płatności dłuższy niż 30 dni wierzyciel może żądać odsetek ustawowych począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia; art. 9 przewidujący nieważność czynności prawnej wyłączającej lub ograniczającej uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5-8 ustawy. W związku z tym Zespół Arbitrów unieważnił postępowanie z powołaniem się na art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.
Skargę na to orzeczenie złożył zamawiający - Gmina Miasta Toruń. Przy rozpoznawaniu tej skargi Sąd Okręgowy dostrzegł zagadnienie prawne i wskazał, że wątpliwości powstają na tle rozumienia treści art. 2 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. 2003 r. Nr 139 poz. 1323 ze zm.). W szczególności powstaje pytanie, czy realizacja własnych zadań gminy, do realizacji których jest ona zobowiązana ustawą z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. 2001 r. Nr 142 poz. 1591 ze zm.), jest transakcją handlową w rozumieniu powołanego wyżej art. 2 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Z treści tego przepisu wynika, że transakcją handlową jest umowa, której przedmiotem jest odpłatne dostarczanie towaru lub odpłatne świadczenie usług, jeżeli strony tej umowy zawierają ją w związku z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą lub zawodową. Może budzić istotne wątpliwości, czy wykonywanie zadań własnych gminy dla zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty mieszkańców jest działalnością gospodarczą lub zawodową tożsamą z podejmowaną przez określone osoby działalnością gospodarczą lub zawodową, skierowaną z reguły na zysk, a nie na zaspokajanie zbiorowych potrzeb.
Sąd Najwyższy zważył, co następuje:
W pierwszej kolejności należy zauważyć, że stosowanie art. 2 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. 2003 r. Nr 139 poz. 1323 ze zm. - dalej: ustawa o terminach) może nastręczać więcej problemów niż tylko ten, który został przedstawiony przez Sąd Okręgowy. Zasygnalizować jedynie można takie kwestie, jak możliwość unieważnienia postępowania przez Zespół Arbitrów, mimo że art. 93 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 19 poz. 177; dalej - Pzp) stanowi o unieważnieniu postępowania przez zamawiającego; dopuszczalność złożenia przez zamawiającego skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów; kwestia, czy przepisy ustawy o terminach mają znaleźć zastosowanie do umów już zawartych (dokonanych czynności prawnych), czy także do umów, które dopiero mają zostać zawarte w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego; zakres pojęcia *„odpłatne dostarczanie towaru lub odpłatne świadczenie usług”*. Kwestie te nie zostały jednak podniesione przez Sąd przedstawiający zagadnienie prawne i w związku z tym nie będą przedmiotem analizy Sądu Najwyższego.
Istota problemu zawiera się bowiem w pytaniu, czy konkretna umowa, do zawarcia której zmierzało postępowanie przetargowe zainicjowane przez Gminę Miasta Toruń, będzie objęta działaniem przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.
Konkretna umowa będzie objęta działaniem przepisów wskazanej wyżej ustawy, jeżeli spełnione zostaną podmiotowe i przedmiotowe kryteria wynikające z art. 2 i 3 ustawy o terminach, jak również jeżeli nie zostanie ona wyłączona spod działania ustawy o terminach na podstawie jej art. 4. Z powołanych przepisów wynika, że transakcją handlową, do której przepisy ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych znajdą zastosowanie, jest *„umowa, której przedmiotem jest odpłatne dostarczanie towaru lub odpłatne świadczenie usług”,* a strony tej umowy zawierają ją w związku z wykonywaną przez siebie działalnością gospodarczą lub zawodową. Ponadto stronami umowy mają być podmioty, o których mowa w art. 3 Pzp. Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp *„ustawę stosuje*

się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami", przez: 1) jednostki sektora finansów publicznych (...)" . Zakres pojęcia *„Jednostki sektora finansów publicznych"* wynika z przepisów ustawy [(1)] z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 15 poz. 148 ze zm.). Jej art. 5 pkt 1 stanowi, że *„Do sektora finansów publicznych zalicza się : 1) 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"* .

Gmina jako jednostka samorządu terytorialnego spełnia więc podmiotowe kryterium stosowania przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Jest bowiem jednostką samorządu terytorialnego przez co należy do sektora finansów publicznych, a w konsekwencji w razie udzielania zamówień jest obowiązana stosować przepisy prawa zamówień publicznych. Nie jest również objęta wyłączeniem wynikającym z art. 4 ustawy o terminach, gdyż wynikające z tego przepisu wyłączenie obejmuje umowy, których stronami są wyłącznie podmioty, o których mowa w art. 5 ustawy o finansach publicznych, a więc podmioty zaliczane do sektora finansów publicznych.

Rozważenie tych zagadnień prowadzi do wniosku, że spełnione jest podmiotowe kryterium wynikające z art. 3 ustawy o terminach i sporna w rozpoznawanej sprawie pozostaje jedynie kwestia, czy umowa zawierana w ramach realizacji zadań własnych gminy jest transakcją handlową w rozumieniu art. 2 ustawy o terminach, a - wobec treści zagadnienia przedstawionego przez Sąd Okręgowy - właściwie tylko kwestia, czy wspomniana umowa jest zawierana w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą lub zawodową. Ujmując zagadnienie nieco inaczej można zawrzeć je w pytaniu, czy wykonywanie zadań własnych gminy może być uznane za jej działalność gospodarczą lub zawodową. Ponieważ zaś mianem działalności zawodowej określane jest wykonywanie zawodów wymagających szczególnej wiedzy i umiejętności, działalności takiej nie może prowadzić gmina. Pozostaje więc do rozważenia, czy wykonywanie zadań własnych może pozostawać w sferze działalności gospodarczej.

Analiza pojęcia *„działalność gospodarcza"* była wielokrotnie dokonywana zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Całościowe jej przedstawienie w ramach niniejszej sprawy jest jednak niemożliwe z uwagi na obszerność, a także niepotrzebne dla rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia prawnego. Niezbędne jest tylko odniesienie się do kwestii, czy w zakresie wykonywania zadań własnych gmina prowadzi działalność gospodarczą.

Do tak postawionego problemu Sąd Najwyższy odnosił się już wielokrotnie. Przykładowo można wskazać postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 października 1999 r. III CZ 112/99 (OSNC 2000/4 poz. 78), w którym stwierdzono, że *„działalnością gospodarczą gminy jest - prowadzona w formie komunalnych zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego - działalność w zakresie zadań własnych, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Tekst jednolity: Dz. U. 1996 r. Nr 13 poz. 74 ze zm.), których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, a także - w przypadkach określonych w odrębnej ustawie - działalność w zakresie wykraczającym poza te zadania"* , a także postanowienie z dnia 23 listopada 2000 r. III CZ 112/2000 (niepubl.) gdzie przyjęto, że *„gmina może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie zadań o charakterze działalności publicznej".*

Podobne stanowisko było wyrażane przez Sąd Najwyższy przy dokonywaniu wykładni art. 8 ustawy z dnia 13 czerwca 1967 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. 1967 r. Nr 24 poz. 110 ze zm.). W uzasadnieniu postanowienia z dnia 22 sierpnia 2001 r. V CKN 756/2000 (niepubl.) Sąd Najwyższy zauważył, że w prawie polskim pojęcie *„działalność gospodarcza"* nie ma jednolitej treści, w szczególności brak jest dostatecznych podstaw, aby przyjąć, że ustawodawca w każdym przypadku posługuje się jako wyznacznikiem tego pojęcia kryterium zarobkowego charakteru. W świetle całokształtu regulacji prawnych dotyczących gminy należy uznać, że w celu realizacji zadań własnych gmina może prowadzić działalność gospodarczą. Zadania własne gminy mogą bowiem być realizowane bądź przez podejmowanie działalności gospodarczej, bądź działalności nie mającej takiego charakteru. Wychodząc z założenia, że o gospodarczym lub niegospodarczym charakterze podejmowanej działalności decyduje przedmiot tej działalności, Sąd Najwyższy na gruncie ustawy o

kosztach sądowych w sprawach cywilnych działalność niegospodarczą gminy związał jedynie z działalnością naukową, kulturalną, dobroczynną itp.
Także przy analizie pojęć *„sprawa gospodarcza”* oraz *„przedsiębiorca”* Sąd Najwyższy przyjmował, że gmina realizująca zadania własne poprzez zawieranie odpłatnych umów jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 479[2] Kpc (tak postanowienie z dnia 7 sierpnia 2003 r. IV CZ 90/2003 niepubl.).
Należy zatem przyjąć za utrwalone w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowisko, że wykonywanie przez gminę zadań własnych nie stanowi przeszkody do przyjęcia gospodarczego charakteru prowadzonej w powyższych ramach działalności. Formułując kryteria uznania działalności za działalność gospodarczą Sąd Najwyższy akcentuje jej stały charakter (nie jest to działalność amatorska lub okazjonalna), zorganizowanie i powtarzalność podejmowanych działań, podporządkowanie zasadom racjonalnego gospodarowania oraz regułom opłacalności i zysku. W dotychczasowym orzecznictwie nie wskazywano natomiast na konieczność realizowania zarobkowego celu; za wystarczające uznawano podporządkowanie działalności regułom racjonalnego gospodarowania, polegającym na staraniach osiągnięcia maksymalnego efektu przy minimalnym nakładzie środków lub minimalnego zużycia środków dla osiągnięcia pożądanego, planowanego efektu.
Cechy działalności gospodarczej przedstawiane w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazywane są także w doktrynie. W szczególności należy zwrócić uwagę, że kryterium zarobkowości rozumiane jest w ten sposób, że zysk stanowi motyw działalności, a nie konieczny jej efekt. Również przy dokonywaniu wykładni pojęcia *„przedsiębiorca”* na tle art. 43[1] Kc przedstawiciele nauki prawa podkreślają zarobkowy charakter działalności, którą dany podmiot podejmuje, jednak nawet podjęcie działalności mogącej przynieść dochód bez zamiaru osiągnięcia zysku, nie wyłącza uznania podmiotu podejmującego taką działalność za przedsiębiorcę.
Reasumując Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym sprawę podziela utrwalone w orzecznictwie stanowisko, że działalność gminy w ramach wykonywania jej zadań własnych może stanowić działalność gospodarczą. Musi ona jednak odpowiadać kryteriom takiego rodzaju aktywności, tzn. musi mieć charakter zorganizowany i ciągły oraz podlegać regułom racjonalnego gospodarowania i stanowić formę udziału w obrocie gospodarczym. Nie jest natomiast niezbędne, aby działalność taka przynosiła określony dochód (zysk). Warto przy tym zauważyć, że możliwość prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej wynika wprost z treści art. 9 ustawy o samorządzie gminnym.
Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy trzeba zauważyć, że przeprowadzenie przez Gminę Miasta Toruń przetargu w celu zawarcia umowy o budowę boiska działanie Gminy było profesjonalne i wskazywało na zorganizowany charakter działalności. Zorganizowanie to wynika m.in. z dysponowania przez Gminę środkami pozwalającymi sprostać wymaganiom wynikającym m.in. z obowiązku stosowania przepisów prawa o zamówieniach publicznych. Natomiast powtarzalność działań, przedmiot zamówienia publicznego w postaci umowy o roboty budowlane, planowany sposób jego realizacji oraz fakt kontynuowania aktywności gminy w związku z budową boiska przemawiają za spełnieniem także tego kryterium działalności gospodarczej. Nie można przy tym wykluczyć, że prowadzona działalność będzie miała zarobkowy charakter (np.odpłatne udostępnianie boiska).
Uznanie, że mamy do czynienia z wykonywaniem przez Gminę działalności gospodarczej, jak również okoliczność, że spełnione są pozostałe kryteria wynikające z przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych prowadzi do wniosku, że art. 2 tej ustawy znajdzie zastosowanie także w odniesieniu do umowy zawieranej w ramach realizacji zadań własnych gminy. Za taką wykładnią przemawia także prezentowany postulat szerokiego zakresu działania ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Warto też zauważyć, że przyjęcie szerokiego zakresu działania wskazanej ustawy pozostaje w zgodzie z treścią Dyrektywy 2000/35/WE.
Z tych względów Sąd Najwyższy rozstrzygnął przedstawione zagadnienie prawne jak w treści uchwały.

2.2.1.Glosa dr hab. Ryszarda Szostaka do Uchwały Sądu Najwyższego[153]

Uchwała Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2006 r. (III CZP -124/05)
„Umowa zawierana w celu realizacji zadań własnych gminy określonych w ustawie z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) może stanowić transakcję handlową rozumieniu art. 2 ustawy z 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323 z późn. zm.)".

Zamawiająca Gmina Miasta T. Odrzuciła ofertę złożoną przez Konsorcjum Marek P. i spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G na przetarg o zamówienie publiczne na budowę boiska do hokeja ze sztuczną trawą wraz z urządzeniami towarzyszącymi, która nie była kompletna z uwagi na brak wymaganego warunkami przetargu harmonogramu rzeczowo – finansowego i oświadczenia w sprawie tzw. warunków płatności. Zespół arbitrów rozpatrujący odwołanie wniesione przez Konsorcjum ustalił jednak, że zastrzeżone przez Gminę w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki płatności odraczające zapłatę należnego wykonawcy wynagrodzenia za roboty budowlane aż do 2007 roku naruszają ustawę z 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Zdaniem arbitrów, z odnoszącej się także do zamówień publicznych ustawy o terminach wynika, że jeśli zastrzeżono termin płatności wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni, wierzyciel – wykonawca może żądać odsetek ustawowych począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia, zaś czynność prawna zmierzająca do wyłączenia (ograniczenia) tego uprawnienia jest nieważna. Dlatego zespół arbitrów orzekł o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na budowę boiska, z powołaniem się na art. 191 ust. 3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Rozpatrujący skargę Gminy na wyrok arbitrów Sąd Okręgowy powziął wątpliwość, czy wykonywanie zadań własnych gminy, do których jest ona zobowiązana z mocy ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, w ogóle może być przedmiotem transakcji handlowej w rozumieniu ustawy o terminach zapłaty, ponieważ art. 2 tej ustawy stanowi, że transakcją handlową jest umowa obejmująca odpłatne dostarczenie towaru lub odpłatne świadczenie usług, jeżeli strony tej umowy zawierają ją w związku z wykonywaną przez siebie działalnością gospodarczą lub zawodową. Postanowił zatem wystąpić do Sądu Najwyższego o wyjaśnienie tego zagadnienia prawnego.

W swojej uchwale Sąd Najwyższy od razu zauważył, że na tle rozpoznawanego sporu ujawnia się więcej wątpliwości jurydycznych, niż wynika to z przekazanego przez Sąd Okręgowy zagadnienia prawnego. Zasygnalizował tylko zatem, lecz nie wyjaśnił (z uwagi na granice zapytania prawnego), dalsze problemy, a mianowicie dopuszczalność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia przez arbitrów, możliwość zastosowania przepisów ustawy o terminach zapłaty w fazie przetargu, zmierzającego dopiero do zawarcia umowy oraz trudności **w** ustaleniu zakresu pojęciowego „odpłatnego dostarczenia towaru lub świadczenia usług".

Ograniczając się do podstawowego wątku sporu, Sąd Najwyższy podniósł, że konkretna sprawa będzie objęta działaniem przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, jeżeli zostaną spełnione podmiotowe i przedmiotowe kryteria wynikające z art. 2-3 tej ustawy i nie ulegnie ona wyłączeniu na podstawie art. 4. Według art. 2, istotnym warunkiem jej zastosowania jest, aby strony transakcji handlowej zawierały ją w związku z wykonywaną przez siebie działalnością gospodarczą lub zawodową. Z kolei z podmiotowego punktu widzenia najważniejsze w rozpoznawanej sprawie znaczenie ma okoliczność, aby obie strony należały do kręgu podmiotów z art. 3. Zdaniem Sądu Najwyższego, gmina jako jednostka samorządu terytorialnego, należąca do sektora finansów publicznych, obowiązana przestrzegać reżimu prawa zamówień publicznych, spełnia podmiotowe kryterium stosowania przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ponieważ zgodnie z art. 3 pkt 3 tej ustawy jest „podmiotem o którym mowa w art. 3

[153] Szostak Ryszard, *Z Orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Samorząd Terytorialny" Nr 7 – 8 z 2006, s. 156 – 160.

(...) prawa zamówień publicznych", a nie została objęta wyłączeniem z art. 4, gdyż dotyczy on tylko „umów, których stronami są wyłącznie podmioty, o których mowa w art. 5 ustawy z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych”. Problem kryterium przedmiotowego sprowadził zaś do pytania, czy wykonywanie zadań własnych gminy może być uznane za jej działalność gospodarczą tub zawodową, czy raczej za działalność gospodarczą, ponieważ ta druga związana z praktykowaniem zawodu wymagającego szczególnej wiedzy i umiejętności, z naturalnych względów w ogóle nie może być przypisywana jednostkom samorządu terytorialnego.
Uwzględniając dotychczasowy dorobek judykatury, a także poglądy doktryny prawa. Sąd Najwyższy uznał, ze działalność gminy w ramach wykonywania jej zadań własnych może stanowić działalność gospodarczą, Zastrzegł jednak, że powinna ona spełniać kryteria tego rodzaju aktywności, zwłaszcza „musi mieć charakter zorganizowany i ciągły oraz podlegać regułom racjonalnego gospodarowania i stanowić formę udziału w obrocie gospodarczym, nie jest natomiast niezbędne, aby (...) przynosiła określony dochód (zysk)". Dodał też, że możliwość prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej wynika wprost z art. 9 ustawy o samorządzie gminnym. Łącząc to ogólne stanowisko ze stanem faktycznym sporu, Sąd Najwyższy zauważył, że zorganizowany przez Gminę Miasta T. przetarg w celu zawarcia umowy o budowę boiska stanowi element profesjonalnego działania Gminy, wskazujący również na zorganizowany charakter jej działalności, związanej z dysponowaniem środkami finansowymi pozwalającymi sprostać wymaganiom prawa zamówień publicznych. Charakter ten umocniony jest dodatkowo powtarzalnością działań Gminy, przedmiotem zamówienia na budowę boiska i planowanym sposobem jego realizacji oraz faktem, że nie można wykluczyć odpłatnego udostępniania urządzeń sportowych na rzecz mieszkańców gminy. Wobec powyższego Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.
Trzeba się zgodzić z poglądem wyrażonym w glosowanej uchwale. Gmina może prowadzić działalność gospodarczą zarówno sama „osobiście” w formie wyspecjalizowanej jednostki wewnątrzorganizacyjnej (zwłaszcza zakładu budżetowego), jak i za pośrednictwem celowo utworzonej spółki kapitałowej lub związku komunalnego, ale nie wolno jej wkraczać poza zadania o charakterze użyteczności publicznej (art. 9 ustawy o samorządzie gminnym). Jednakże nie każda sfera aktywności gminy mieści się w pojęciu szeroko rozumianej działalności gospodarczej (nawet jeśliby zaliczyć do niej zarządzanie mieniem komunalnym), w szczególności nie mieści się w tym pojęciu prowadzenie szkolnictwa podstawowego, upowszechnienie kultury, świadczenie pomocy społecznej itd. Z prawno-gospodarczego punktu widzenia działalność gminy jest zatem mieszana. Przepis art. 2 ustawy o terminach zapłaty mógł więc budzić wątpliwości Sądu Okręgowego, ponieważ wyraźnie łączy on działanie powyższej ustawy tylko z umowami zawieranymi „w związku z wykonywaną (-) działalnością gospodarczą lub zawodową”. Z drugiej strony art. 3 pkt 3 tej ustawy stanowi, że stosuje się ją do transakcji z udziałem podmiotów podlegających przepisom prawa zamówień publicznych, a niektóre z nich funkcjonują przecież w sferze użyteczności publicznej, prowadząc (tak jak gmina) działalność mieszaną. Nie do pomyślenia jest jednak, aby każdorazowo trzeba było badać, z jaką (gospodarczą czy inną) działalnością związana jest transakcja zawierana przez tego rodzaju podmiot, i w zależności od wyniku oceny wnioskować o jej reżimie prawnym. Mankament ten dowodzi pośrednio niestarannej implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/35/WE z 29 czerwvca 2000 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych, co wymaga pilnego skorygowania.
Znaczna szkodliwość praktyk powodujących tzw. zatory płatnicze uzasadniła szerokie zastosowanie tej dyrektywy, która odnosi się do „wszelkich transakcji handlowych, niezależnie od tego, czy zawierane są one między prywatnymi a państwowymi przedsiębiorstwami, czy między przedsiębiorstwami a władzami publicznymi, uwzględniając fakt, że te ostatnie realizują większość swoich płatności na rzecz przedsiębiorców" (pkt 22 preambuły). Zgodnie zaś z art. 2 ust.1 powyższej dyrektywy, transakcje handlowe to „umowy zawierane między przedsiębiorcami lub między przedsiębiorcami a władzami publicznymi zobowiązujące do dostaw towarów lub świadczenia usług za zapłatą". Z kolei za „władzę publiczną" uważa się każdego publicznego zleceniodawcę lub inny podmiot zamawiający w rozumieniu dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Z powyższego

wynika, że przepisów o zwalczaniu opóźnień w zapłacie w zakresie zamówień publicznych w ogóle nie musi się łączyć z transakcjami zawieranymi w związku z działalnością gospodarczą. W konsekwencji pogląd Sądu Najwyższego ulega wyraźnemu wzmocnieniu na gruncie takiej wykładni art. 2 ustawy o terminach zapłaty, aby nie był on rażąco sprzeczny z prawem europejskim.
Według art. 5 ustawy o terminach zapłaty, jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu świadczenia niepieniężnego i doręczenia dłużnikowi faktury (rachunku) - do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego, potem zaś aktualne są normy ogólne z art. 481 Kc o odsetkach za opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego. Jeżeli termin zapłaty w ogóle nie został ustalony w umowie, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za okres począwszy od 31 dnia od dnia po spełnieniu świadczenia niepieniężnego - do dnia faktycznej zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego uzależniony od wezwania do zapłaty (art. 6). Przepisy powyższe mają bezwzględnie obowiązujący charakter, ponieważ w świetle art. 9 czynność prawna (uzgodnienie) wyłączająca lub ograniczająca przewidziane w nich uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika jest nieważna. W literaturze, a przede wszystkim w praktyce zwraca się uwagę na ich nadmierną surowość, a także niejasne brzmienie, odbiegające od tradycyjnych pojęć polskiego prawa cywilnego. Dlatego naliczające się *ex lege* odsetki często w ogóle nie są dochodzone albo stosuje się rozmaite rozwiązania łagodzące bezwzględny obowiązek odsetkowy (rabaty rekompensacyjne, rozkładanie należności na raty, opóźnianie doręczenia faktur, zwalnianie z długu itd.), które nierzadko prowadzą do obejścia prawa sankcjonowanego nieważnością bezwzględną takich „zapobiegawczych" uzgodnień stron (art. 58 Kc). Na tym tle wypada odnotować dyspozycje art. 3 ust 2-3 dyrektywy 2000/35/ WE dopuszczające nieco łagodniejsze rozwiązania, a mianowicie dla pewnych umów 60-dniowy termin, po upływie którego odsetki stają się wymagalne oraz sankcję (niekoniecznie nieważności) zwalczającą klauzule o dłuższym terminie płatności, dopiero na wypadek, gdy jest pn. „rażąco nieuczciwy wobec wierzyciela". Jednakże na gruncie polskiego porządku prawnego nic ma podstaw (na razie) do wyłączenia art. 9 ustawy o terminach zapłaty.
Z sankcją nieważności bezwzględnej zastrzeżenia dłuższego terminu płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy wiąże się bezpośrednio przyczyna sporu w komentowanej sprawie. Zamawiająca Gmina odrzuciła ofertę powodowego Konsorcjum, jako sprzeczną z warunkami zamówienia (**art. 89 ust. 1 pkt *2* Pzp**), gdyż nie zawierała akceptacji dłuższego terminu płatności (roboty miały być zakończone w 2006 r., a zapłatę części wynagrodzenia zakładano na 2007 r.), natomiast rozpatrujący odwołanie zespół arbitrów przyjął, że ustalone w tym zakresie przez Gminę warunki zamówienia są sprzeczne z ustawą o terminach zapłaty i unieważnił postępowanie z powołaniem się na **art. 191 ust. 3 Pzp.**
Choć z uzasadnienia glosowanej uchwały nie wynika, którą ze wskazanych w **art. 93 ust. 1 Pzp** podstaw unieważnienia postępowania przyjął zespół arbitrów, to sensownie można było zastosować w tej sprawie jedynie przepis **art. 93 ust 1 pkt 7**, stanowiący, ze zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie to „obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego". Słusznie zatem założono, że wadliwie skonstruowane warunki zamówienia nie mogą być już skorygowane w czasie po otwarciu ofert przetargowych, ale nie jest oczywiste, czy w istocie uchybienie to musi nieuchronnie prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle **art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp** umowa o zamówienie publiczne jest nieważna, jeżeli w poprzedzającym jej zawarcie postępowaniu doszło do naruszenia ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Tymczasem analizowana wada może wprawdzie przyczynić się do nieważności umowy na podstawie art. 9 ustawy o terminach zapłaty, ale w istocie nie wiąże się z jakimkolwiek „wynikiem postępowania". Należy więc odwołać się bezpośrednio do szczególnej podstawy nieważności z art. 9 ustawy o terminach zapłaty, w świetle którego cała czynność prawna (a nie tylko pojedyncze jej postanowienie) dotknięta jest nieważnością, jeśli wyłącza lub ogranicza uprawnienia wierzyciela (obowiązki dłużnika) przewidziane w tej ustawie. W przypadku zaś czynności mającej na celu

obejście ustawy aktualny będzie art. 58 § Kc. Problem w tym, że powyższe przepisy operują nieważnością czynności (umowy) dokonanej, a nie czynności podjętej w stadium jej zawierania. Do tego drugiego aktu może się odnosić co najwyżej sankcja w postaci unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na jego wadliwość. Trudno zaś przyszłą nieważność czynności prawnej z uwagi na jej niedozwoloną treść uznać za „wadę postępowania". Konieczne jest zatem zastosowanie rozszerzającej wykładni funkcjonalnej - **art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp.** Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia we wszystkich przypadkach objętych **art. 93 ust. 1 Pzp** wiąże się z tzw. niemożnością prawną osiągnięcia bezpośredniego celu przetargu (innej procedury) w postaci zawarcia ważnej umowy, staje się on bowiem całkowicie bezprzedmiotowy. *De lege ferenda* nasuwa się zatem potrzeba takiej korekty powyższych przepisów, aby posłużenie się warunkami zamówienia zmierzającymi do zawarcia w przyszłości niedopuszczalnej pod względem treści umowy (nieważnej) można było wprost kwalifikować w kategoriach wady postępowania o udzielenie zamówienia.
Swoją kompetencję do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zespół arbitrów wywiódł z **art. 191 ust. 3 zdanie 2 Pzp**, zgodnie z którym „okoliczności skutkujące unieważnienie postępowania (...) zespół arbitrów bierze pod uwagę I urzędu". Przepis ten od początku nastręczał liczne trudności w orzecznictwie sądowym, stając się też przyczyną niekończącej się chwiejności w orzecznictwie arbitrażowym. Ustawowy zwrot z **art. 93 ust. 1 Pzp** „zamawiający unieważnia postępowanie (...)" wskazuje wyraźnie, że akt ten stanowi jednostronne oświadczenie organizatora postępowania, znoszącego z mocą wsteczną wszystkie wadliwe i niewadliwe czynności proceduralne, jako bezprzedmiotowe, analogicznie jak w przypadku uchylenia się od skutków wadliwych oświadczeń woli na podstawie art. 88 Kc. Według zasad ogólnych unieważnienie takie, jako prawo kształtujące, przysługuje oznaczonej osobie, mającej wyłączną inicjatywę, nawet gdyby wyjątkowo wzruszalność kontrolował *ex post* sąd. Nie dokonuje tego jednak z urzędu sam sąd ani inny organ, ponieważ wzruszalność służy ochronie interesów indywidualnej osoby. Wyjątki mogą wprawdzie dotyczyć ochrony interesów publicznych ale wymagają wyraźnego upoważnienia ustawowego tym bardziej że wzruszalność wynik z nietypowego orzeczenia konstytutywnego, za stepującego oświadczenie woli strony. *De lege lata* legitymacja arbitrów do unieważnienia postępowania jest zatem wątpliwa, albowiem konieczność uwzględnienia z urzędu okoliczność wymuszających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadnia raczej tylko nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia tego postępowania.
Z drugiej wszakże strony zdarza się, że zapadłe orzeczenie arbitrów nakazujące unieważnienie postępowania przetargowego w ogóle ni jest wykonywane. Trudności potęguje dodatkowi norma art. 184 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą do postępowania przed zespołem arbitrów stosuje się odpowiednio przepisy Kpc o sądzie polubownym co pozwala niektórym wnioskować, że wyrok arbitrów ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu polubownego dopiero po stwierdzeniu przez sąd państwowy jego skuteczności lub wykonalność (art. 1212 Kpc). Tymczasem cele szybkiego postępowania protestacyjno-odwoławczego (wpadkowego względem podstawowego postępowania o udzielenie zamówienia) wymagają, aby werdykty arbitrów wywoływały automatyczne skutki prawne. Z tych samych względów nasuwa się postulat uporządkowania **art. 193 Pzp** o granicach orzekania arbitrów, z wyraźnym zastrzeżeniem możliwości wydania przez nich wyroku unieważniającego z urzędu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

2.3. Gminie nie wolno odwlekać zapłaty[154]

Terminy zapłaty dłuższe niż 30 dni wynikające z ustawy z 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych odnoszą się nie tylko do przedsiębiorców, lecz także do umów zawieranych przez gminę w trybie zamówień publicznych.

[154] Lewandowska Izabela, *Gminie nie wolno odwlekać zapłaty*, „Rzeczpospolita" z 17 stycznia 2006 r.

Tak wynika z uchwały Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2006 r. podjętej w odpowiedzi na pytanie prawne jednego z sądów II instancji. Wątpliwość prawna w nim wyrażona powstała na tle sprawy toczącej się wskutek wniesionego do sądu odwołania wykonawcy — konsorcjum utworzonego przez przedsiębiorcę Marka P. i spółkę z o.o. Wykonawca kwestionuje oddalenie przez zamawiającego-prezydenta miasta protestu przeciwko odrzuceniu jego oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotem zamówienia jest budowa boiska do hokeja ze sztuczną trawą wraz z robotami towarzyszącymi
Przyczyną sporu było to, że zamawiający zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia i wzór umowy, ustalając m.in. dłuższy termin płatności. Wykonawca w swej ofercie nie dostosował się do tych zmian. Uznał bowiem, że są one sprzeczne z ustawą z 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych[155]. Nieuwzględnienie zmienionych warunków zamówienia było przyczyną odrzucenia przez zamawiającego oferty konsorcjum.
Sąd I instancji uwzględnił odwołanie konsorcjum. Stwierdził bowiem, że zmiany naruszają m.in. art. 5 ustawy z 2003 r. stanowiący, że jeśli strony przewidziały termin płatności dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu świadczenia, i art. 9, wedle którego czynność prawna wyłączająca lub ograniczająca uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, przewidziane m.in. w art. 5, jest nieważna.
Gdy sprawa wskutek odwołania zamawiającego trafiła do sądu II instancji, powziął on wątpliwość natury zasadniczej: czy ustawa z 2003 r. w ogóle ma zastosowanie, jeśli przedmiotem zamówienia publicznego jest, jak w tej sprawie, realizacja zadań własnych gminy określonych w ustawie z 1990 r. o samorządzie gminnym. Sąd w uzasadnieniu pytania prawnego przypomniał, że transakcja handlowa to w rozumieniu art. 2 ustawy z 2003 r. umowa, której przedmiotem je odpłatne dostarczenie towaru lub odpłatne świadczenie usług, jeże strony zawierają ją w związku z wykonywaną przez siebie działalnością gospodarczą albo zawodową. Wyraził wątpliwość, czy wykonywanie zadań przez gminę dla zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty jest działalnością gospodarczą lub zawodową, o której mowa tym przepisie, która jest nakierowana na zysk, a nie na zaspokajanie takich potrzeb.
Sąd Najwyższy w uchwale z 13 stycznia 2006 r. stwierdził, że umowa zawierana w celu realizacji zadań własnych gminy określonych w ustawie z 2004 r. o zamówieniach publicznych może stanowić transakcję handlową w rozumieniu art. 2 ust; wy z 2003 r. o terminach zapłaty.
Oznacza to, dodajmy, że gmina nie może bez odsetek ustalać specyfikacji zamówienia terminów zapłaty dłuższych niż dozwolone świetle tej ustawy, a w razie ich przekroczenia obowiązana jest zapłacić wykonawcy stosowne odsetki ustawowe.

2. 4. Umowy ramowe

W celu ułatwiania udzielania zamówień publicznych wprowadzone zostały zapisy przewidujące możliwość zawierania umów ramowych przez wszystkie podmioty zobowiązane do stosowania **ustawy**. Zawarcie umowy ramowej może nastąpić po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem **(art. 99 ustawy).** Tryb negocjacji z ogłoszeniem zamawiający sektorowi (**art. 134 ust. 1**) , w odróżnieniu od zamawiających klasycznych, mogą wybrać zawsze, bowiem nie są ograniczeni ustawowymi przesłankami wyboru trybu.
Umowę ramowa zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy.
Zgodnie z treścią **art. 100 ustawy** o zawarciu umowy na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający niezwłocznie zawiadamia Prezesa UZP podając wartość i przedmiot umowy oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.
Umowę zawiera się z:

[155] Dz. U. Nr 139, poz. 1323 z późn. zm.

- jednym wykonawcą, jeżeli z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zawarcie umowy z większą liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne,
- co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.

Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczenia konkurencji.
Zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową w trybie:
- zamówienia z wolnej ręki – jeżeli zawarł umowę ramową tylko z jednym wykonawcą,
- negocjacji bez ogłoszenia – jeżeli zawarł umowę z więcej niż z jednym wykonawcą.

W obu powyższych sytuacjach nie stosuje się przepisów dotyczących przesłanek wyboru trybu.
Udzielając zamówienia na podstawie umowy ramowej zamawiający może dokonać modyfikacji warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli modyfikacja ta nie jest istotna.
Zamawiający nie może dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej.
Z uwagi na fakt, że zamawiający , celem zawarcia umowy ramowej, przeprowadza postępowanie, stosując odpowiednio przepisy dotyczące przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem, stąd zobowiązany będzie sporządzić specyfikację istotnych warunków zamówienia zawierającą wzór lub istotne postanowienia umowy ramowej, jaka zostanie zawarta w wyniku tego postępowania. Umowa ta stanowić będzie następnie w postępowaniach prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki swoistą „specyfikację istotnych warunków zamówienia", na podstawie której zostanie wyłoniony wykonawca zamówienia. Elementem niezbędnym tej umowy będą postanowienia dotyczące ceny – rozumianej np. jako maksymalna i przedmiotu, w tym jeśli to możliwe wskazanie ilości, terminu obowiązywania umowy oraz kryteriów oceny ofert, jakie będą stosowane w postępowaniu zmierzającym do wyboru wykonawcy zamówienia. Jeśli zamawiający zawierać będzie umowę ramową z więcej niż z jednym wykonawcą wówczas zawierać ona będzie dane przeniesione odpowiednio ze złożonych przez wykonawców ofert.
W kryteriach zawartych w umowie ramowej, zamawiający oprócz ceny wskazywać będzie często również termin dostawy. Podyktowane jest to okolicznościami, jakie zwykle towarzyszą zamawiającemu decydującymi się na zawarcie umowy ramowej. Zamawiający korzysta z tego sposobu udzielenia zamówienia, ponieważ chciałby móc maksymalnie skrócić czas niezbędny do przeprowadzenia postępowania zmierzającego do wyboru konkretnego wykonawcy, jak również otrzymać przedmiot zamówienia w terminie jak najkrótszym.
W wyniku nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 13 kwietnia 2007 r. dokonano zmiany zapisu art. 101 ust.1 ustawy. Zgodnie z nowym jego brzmieniem, zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową:
1) wykonawcy, z którym zwarł umowę ramową, na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej; przepis art. 68 ust.1 stosuje się odpowiednio;
2) wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zapraszając do składania ofert; przepis art. 45 i 46, art. 60 ust.2 oraz art. 64 ust.1 i 3 stosuje się odpowiednio.

Nadal aktualne pozostają normy ograniczające możliwość wykorzystania umowy ramowej do zawężania konkurencji. Wykonawcy składający oferty w postępowaniu, którego przedmiot objęty jest umową ramową są związani jej postanowieniami o tyle, że jeżeli złożą oferty np. droższe od wskazanych w umowie ramowej to muszą liczyć się z ich odrzuceniem, jako niespełniających wymagań opisanych w umowie ramowej.
Do zamówień, których przedmiot objęty jest umową ramową, nie stosuje się przepisów dotyczących obowiązku składania dokumentów podmiotowych oraz obowiązkowej kontroli uprzedniej Prezesa UZP (**art. 26 i 167 ust. 2 i 3 w związku z art. 101 ust. 4**).

3. OGŁOSZENIE O WYNIKACH POSTĘPOWANIA

Jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest mniejsza niż progi unijne, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, Sekretarz Komisji

Przetargowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych i na tablicy ogłoszeń Starostwa. Ogłoszenie to przygotowane przez Sekretarza Komisji na stosownym druku akceptuje i podpisuje Pełnomocnik. Po ukazaniu się ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, Sekretarz Komisji Przetargowej, odpowiedni wydruk ogłoszenia z Biuletynu Zamówień Publicznych dołącza do dokumentacji danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza progi unijne, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, Sekretarz Komisji Przetargowej przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz zamieszcza na tablicy ogłoszeń Starostwa Powiatowego w Pabianicach. Ogłoszenie to przygotowane przez Sekretarza Komisji na stosownym druku akceptuje i podpisuje Pełnomocnik. Po opublikowaniu ogłoszenia przez Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Sekretarz Komisji Przetargowej, odpowiedni wydruk ogłoszenia dołącza do dokumentacji danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

4. ZWROT WADIUM

Po podpisaniu umowy i wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (jeżeli tak to wynika ze SIWZ), Sekretarz Komisji Przetargowej obowiązany jest niezwłocznie złożyć do Wydziału Finansowego wniosek o zwrot wniesionego wadium wszystkim oferentom, którzy uczestniczyli w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zwrot wadium wniesionego w pieniądzu musi być dokonany w uwzględnieniem **art. 46 ust.4 ustawy**.Wniosek należy sporządzić na **formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 74 .** Wniosek podpisuje przewodniczący Komisji Przetargowej.

5. KONTROLA WYKONANIA UMOWY, MOŻLIWOŚĆ ZMIANY ZAWARTEJ UMOWY

Nadzór nad wykonywaniem umowy sprawuje naczelnik właściwego merytorycznie wydziału. W przypadku jeżeli z umowy wynika, że zapłata za realizację przedmiotu zamówienia następować będzie na podstawie faktur wystawianych za częściowe wykonanie danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej, na odwrocie każdej faktury należy zamieszczać wyliczenie narastająco wartości zrealizowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Merytoryczny wydział w przypadku robót budowlanych fakt ich przyjęcia powinien potwierdzać „Protokołem odbioru" sporządzanym zarówno przy tzw. odbiorach częściowych, jak i odbiorach końcowych. Protokół ten winien być podpisany przez wykonawcę i zamawiającego. Ksero protokołu należy załączyć do odpowiedniej faktury wystawionej przez wykonawcę. Podobnie „Protokół odbioru" należy sporządzić przy wszelkiego rodzaju dostawach a szczególnie przy dostawach mebli, sprzętu komputerowego i oprogramowania komputerowego. W tym ostatnim przypadku w czynnościach związanych z odbiorem winien wziąć udział Informatyk Starostwa.
Wiele kontrowersji zarówno wśród zamawiających, jak i wykonawców budzi sprawa zmiany zawartej umowy. Szczególnie gdy dotyczy to zmiany terminu realizacji umowy. Jak podkreśla Ryszard Szostak[156] zgodnie z **art. 36 ust.1 pkt 4 Pzp**, wyznaczenie terminu spełnienia świadczenia niepieniężnego należy do istotnych warunków zamówienia. Dlatego dopuszczalność jego przedłużenia podlega ograniczeniom z art. **144 Pzp**. W praktyce większość aneksów do umów o zamówienie publiczne wydłużających termin ich realizacji to zmiany bezprawne, wymuszone przez niesumiennych wykonawców, niekiedy w obawie przed odpowiedzialnością odszkodowawczą lub konsekwencjami kar umownych. Tymczasem spóźnienie w realizacji zamówionych robót budowlanych nie pociąga wygaśnięcia umowy, lecz co najwyżej zamawiający może umowę wypowiedzieć, jeżeli spóźnienie jest znaczne (bliżej o tym:R. Szostak: Bieg niektórych terminów przewidzianych w prawie zamówień

[156] Szostak Ryszard, *Glosa do Uchwały Sądu Najwyższego z 21 lipca 2006 r., sygn. akt III CZP 54/06*. „Finanse Komunalne" Nr 4/2007, s. 72 - 73

publicznych, cz.II, „Zamówienia Publiczne – Doradca" 2005, nr 6, s. 13 -15).Poza tym w orzecznictwie zaznaczył się pogląd, że strona pozostająca w zwłoce z wykonaniem zamówienia nie może liczyć na ochronę i domagać się podwyższenia wynagrodzenia spowodowanego ogólnym wzrostem cen, nawet w okolicznościach nadzwyczajnych (por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 9 marca 1990 r. (IV CR -867/89), OSN CP 1991, nr 5 – 6, poz. 76).
Zmiana stawek podatku od towarów i usług VAT za roboty budowlane, nie uzasadnia bez zmiany zawartej umowy - obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki – postanowił Sąd Najwyższy w uchwale z 21 lipca 2006 r. Uchwała ta ma duże znaczenie dla bieżącej praktyki zamówień publicznych. W glosie do tej uchwały dr Ryszard Szostak odniósł się nie tylko do sprawy możliwości zamiany umowy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, ale także do zmiany umowy w przypadku ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego oraz zmiany terminu realizacji zamówienia publicznego.

5.1. Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 21 lipca 2006 roku, sygn. akt III CZP 54/2006

Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna[157]
z dnia 21 lipca 2006 r.
III CZP 54/2006

Podwyższenie z dniem 1 maja 2004 r. stawek podatku od towarów i usług za roboty budowlane, dokonane ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.) nie uzasadnia - bez zmiany umowy zawartej przed 1 maja 2004 r. - obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki.
SSN Józef Frąckowiak (przewodniczący)
SSN Gerard Bieniek (sprawozdawca)
SSN Jan Górowski
Protokolant Bożena Kowalska
Sąd Najwyższy w sprawie z powództwa *„Fadbet"* S.A. w Białymstoku przeciwko Politechnice Białostockiej o zapłatę, po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 21 lipca 2006 r., zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku postanowieniem z dnia 28 kwietnia 2006 r. I ACa 149/2006:
„Czy dokonane z dniem 1 maja 2004 r. podwyższenie stawek podatków od towarów i usług za roboty budowlane pociąga za sobą obowiązek zamawiającego zapłaty ceny netto wskazanej w umowie zawartej przed 1 maja 2004 r. na podstawie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. 2002 r. Nr 72 poz. 664), powiększonej o stawkę obowiązującego w chwili wystawiania faktury wyższego podatku od towarów i usług, bez potrzeby zmiany umowy?"
podjął uchwałę.

Uzasadnienie

Przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości wynikło na tle następującego stanu faktycznego:
Strony sporu łączyła umowa o wykonanie robót budowlanych zawarta w dniu 27 lutego 2002 r. w trybie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. 1994 r. Nr 76 poz. 344). Umowa ta była wielokrotnie zmieniona umowami z dnia 27 lutego 2003 r. oraz z dnia 31 marca 2004 r. odnośnie trybu odbioru wykonywanych robót oraz terminu ich wykonania. Strony określiły w umowie wysokość wynagrodzenia za wykonanie robót na kwotę netto 3.456.860,85 zł plus należny podatek VAT w wysokości 7%, tj. 241.980,26 zł, co dało wartość robót brutto na kwotę 3.698.841,11 zł. Od dnia 1 maja 2004 r. stawka podatku VAT na roboty budowlane wzrosła z 7% do 22% na

[157] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r., sygn. akt III CZP 54/2006, publ. LexPolonica

podstawie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535). Powodowa spółka - jako wykonawca wystawiając faktury po 1 maja 2004 r. uwzględniała podatek VAT wg stawki 22%, natomiast pozwana uiszczała te należności ze stawką VAT w wysokości 7%. Strony umowy prowadziły rozmowy na temat zmiany umowy odnośnie uwzględnienia podatku VAT w stawce 22%, jednak pozwana - jako zamawiający - nie wyraziła na to zgody. Po zakończeniu robót powodowa Spółka w dniu 6 września 2005 r. wystąpiła do pozwanej z żądaniem zapłaty kwoty 75.675,86 zł, stanowiącej różnicę między podatkiem VAT wg stawki 7% i 22% od kwot wynikających z faktur wystawionych przez powodową spółkę. Odmowa zapłaty tej należności legła u podstaw wytoczenia powództwa o zapłatę w niniejszej sprawie, które Sąd Okręgowy oddalił wyrokiem z dnia 20 stycznia 2004 r. Sąd ten uznał, że zmiana stawek podatku VAT nie zobowiązuje do zapłaty ceny (wynagrodzenia) wyższej, jeśli umowa nie zawierała klauzuli rodzącej takie zobowiązanie. Strony takiej klauzuli nie przewidziały, a brak było zgody stron na zmianę umowy.
Rozpoznając apelację powodowej Spółki Sąd Apelacyjny przedstawił w trybie art. 390 § 1 kpc Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne o treści sformułowanej w sentencji uchwały.
Sąd Najwyższy zważył, co następuje:
1. Z dniem przystąpienia Polski do Unii Europejskiej (1 maja 2004 r.) wzrosła do 22% stawka podatku VAT na roboty budowlane, stosownie do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.). Na tym tle powstał problem, który można ująć w pytanie, czy ustawowa zmiana stawki VAT stanowi samodzielną podstawę do podwyższenia wynagrodzenia uzgodnionego w umowie o roboty budowlane zawartej przed 1 maja 2004 r., a więc wynagrodzenia uwzględniającego stawkę niższą (7%). Nie ulega wątpliwości, że pytanie to należy rozważać w szerszym kontekście dotyczącym zagadnienia wpływu zmian podatku VAT na treść zobowiązania, w szczególności na obowiązek zapłaty ceny (wynagrodzenia), którego źródłem jest umowa zawarta przed zmianą stawki VAT. Obowiązujące przepisy kwestii tej nie rozstrzygają, w sposób wyraźny. Zagadnienie to nie było także dotychczas przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy. Zbliżonej jedynie kwestii dotyczy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2006 r. III CZP 1/2006 (Biuletyn Sądu Najwyższego 2006/2), w którym odmówiono podjęcia uchwały w związku z zagadnieniem prawnym *„czy wysokość opłaty rocznej zaktulizowanej na podstawie art. 77 ust. 1 związku art. 72 ust. 3 pkt 4 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, podlega zwiększeniu o podatek VAT przewidziany w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług”* . Wątpliwość w tej sprawie dotyczyła możliwości podwyższenia przez właściciela nieruchomości opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste, która nie podlegała podatkowi VAT, w sytuacji, gdy na skutek zmian ustawodawczych opłata roczna została objęta podatkiem VAT. W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Najwyższy stwierdził jednak, że *„Opłaty z tytułu użytkowania wieczystego są ustalone w umowie zawartej pomiędzy właścicielem gruntu a użytkownikiem wieczystym. Bez zmiany tej umowy mogą one ulec zmianie tylko w sytuacji przewidzianej w art. 77 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Zgodnie zaś z tym przepisem wysokość opłaty rocznej może być aktualizowana tylko jeżeli wzrośnie wartość nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste. Bez zmiany tego przepisu, właściciel nieruchomości może więc tylko wtedy podnieść opłaty z tytułu użytkowania wieczystego, jeżeli wykaże, iż wprowadzenie podatku VAT wpłynęło na wartość nieruchomości stanowiącej przedmiot użytkowania wieczystego. Brak bowiem w obecnym stanie prawnym podstaw prawnych, aby w inny sposób przerzucić na użytkownika wieczystego skutki wprowadzenia podatku VAT od opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego”* .
Dla rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia prawnego nie są bez znaczenia orzeczenia Sądu Najwyższego, które dotyczyły *„cenotwórczego”* charakteru podatku VAT. W orzeczeniach tych Sąd Najwyższy przyjmował generalnie zasadę, że podatek VAT jest podatkiem *„cenotwórczym”* , co oznacza, iż wpływa on na wysokość ceny w sytuacji, gdy towar lub usługa podlega opodatkowaniu. Należy tu wskazać na uzasadnienia uchwały z dnia 22 kwietnia 1997 r. III CZP 14/97 (OSNC 1997/8 poz. 103), uchwały z dnia 16 października 1998 r. III CZP 42/98 (OSNC 1999/4 poz. 69), wyroku z dnia 18 stycznia 2001 r. V CKN 193/2000 (niepublik.), wyroku z dnia 23 marca 2004 r. V CK 358/2003 (niepublik.). Z orzeczeń tych nie wynika jednak wniosek, że wysokość podatku VAT

bezwzględnie decyduje o wysokości ceny. Przeciwnie, w wyroku z dnia 23 stycznia 1998 r. I CKN 429/97 (OSNC 1998/9 poz. 139) Sąd Najwyższy stwierdził, że *„podatek VAT jest elementem cenotwórczym, co oznacza tylko tyle, że sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, jest uprawniony do wliczenia do niej podatku VAT. O wysokości ceny, jaką zobowiązany jest zapłacić nabywca towaru lub usługi decyduje wszakże treść umowy ze sprzedawcą. Cena nie obejmuje podatku VAT, jeżeli umowa nie przewiduje jako elementu ceny tego podatku”*. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 6 listopada 2002 r. I CKN 1158/2000 (niepublik.).
Z przytoczonych orzeczeń Sądu Najwyższego, wynikają więc następujące wnioski:
Po pierwsze, na gruncie poprzedniej ustawy (1) z dnia 26 lutego 1982 r. o cenach (Dz. U. 1988 r. Nr 27 poz. 195 ze zm.) oraz ustawy (2) z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. 1993 r. Nr 11 poz. 50 z późn. zm.) przyjmowano jednolity pogląd, że podatek VAT jest podatkiem *„cenotwórczym”* w tym sensie, że sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, był uprawniony do wliczenia do niej podatku VAT.
Po drugie, o wysokości ceny, jaką nabywca towaru lub usługi obowiązany był zapłacić, decydowała treść umowy ze sprzedawcą. Cena nie obejmuje podatku VAT, jeżeli umowa nie przewiduje jako elementu ceny tego podatku.
Po trzecie, w ramach swobody umów (art. 353[1] kc) strony mogą określić cenę, którą nabywca ma zapłacić sprzedawcy za towar lub usługę. Strony mogą się również swobodnie umówić co do tego, czy podatek VAT będzie, czy też nie będzie stanowić elementu ceny za sprzedany towar lub usługę. Rozstrzygnięcie więc, czy strona zobowiązana jest do zapłacenia, jako elementu wynagrodzenia za wykonaną usługę, kwoty odpowiadającej podatkowi VAT należnemu od tej usługi, zależy od treści umowy zawartej przez strony.
Po czwarte, art. 1 ust. 2 ustawy o cenach z 1982 r. umożliwiał przerzucenie w umowie na nabywcę ciężaru opodatkowania podatkiem VAT nabytego przez niego towaru lub usług, jednak przepis ten nie stanowił podstawy prawnej do dochodzenia od nabywcy ceny obejmującej podatek VAT, jeżeli umowa zawarta przez strony nie przewidywała jako elementu ceny tego podatku.
Powstaje więc pytanie, czy wnioski te są aktualne na gruncie ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. 2001 r. Nr 97 poz. 1050 ze zm.) oraz ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.).
Antycypując dalsze rozważania należy już w tym miejscu stwierdzić, że odpowiedź na to pytanie jest pozytywna. Przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego uzgodnione między stronami wynagrodzenie za roboty budowlane, jako istotny przedmiotowo element stosunku cywilnoprawnego, może być jednostronnie zmienione tylko w przypadku wyraźnie przez ustawę przewidzianym. Trzeba więc rozważyć, czy w obowiązującym stanie prawnym takie przypadki zostały uregulowane.
W pierwszej kolejności należy odnieść się do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Zdefiniowano w nim pojęcie ceny jako *„wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany 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”* . Z przepisu tego wynika tylko tyle, że cena, a więc świadczenie, które kupujący zobowiązany jest zapłacić sprzedawcy, obejmuje podatek VAT. Oznacza to tym samym, że sprzedawca nie będzie miał możliwości żądania dodatkowego świadczenia ponad uzgodnioną cenę, powołując się na to, że nie uwzględnia ona podatku VAT. Jeśli tak, to nie ulega wątpliwości, że przepis ten per se nie stwarza także podstawy prawnej, by w przypadku podwyższenia podatku VAT, które nastąpiło po zawarciu umowy, sprzedawca mógł żądać zapłaty odpowiednio zwiększonej ceny. Z podstawowych zasad prawa zobowiązań wynika wniosek, że zakres obowiązku dłużnika w zasadzie obejmuje to, co wynika z treści zobowiązania. Jeśli więc przy zawieraniu umowy uzgodniono cenę obejmującą VAT wg określonej stawki, to treść art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach nie stwarza uprawnienia do podniesienia ceny w razie zmiany stawki podatku VAT.

Takiej podstawy prawnej nie stwarzają również przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r. Nr 54 poz. 535 ze zm.). Ustawa ta bowiem nie przesądza w żadnym stopniu o wysokości wynagrodzenia za dokonanie określonej czynności cywilnoprawnej. Ta kwestia objęta jest uzgodnieniem między stronami. Strony oczywiście uwzględniają zwykle wysokość podatku przy ustaleniu wysokości świadczenia, co jednak nie uzasadnia wniosku, że de iure wysokość podatku rozstrzyga o wysokości świadczenia. Występuje tu zależność odwrotna: wysokość podatku zależy od wysokości świadczenia uzgodnionego między stronami. Sama zmiana stawki podatku VAT nie jest więc samoistną podstawą do zmiany treści zobowiązania już choćby z tego względu, że po wzroście stawki VAT sprzedawcy nie muszą przerzucić zwiększonego obciążenia na nabywców.
Jest przy tym oczywiste, że zwiększenie stawki VAT na roboty budowlane, którego skutkiem jest zwiększenie zakresu zobowiązania podatkowego wykonawcy, prowadzi do zagrożenia jego interesu związanego z opłacalnością dokonywanej transakcji. Powstaje jednak pytanie, czy zagrożenie to może w prosty sposób być przerzucone na zamawiającego (inwestora). Przecież przerzucenie wzrostu VAT na usługi budowlane prowadzi do zwiększenia zobowiązania inwestora do zapłaty ex post większego świadczenia, na którego spełnienie nie musi być przygotowany. W ramach prawa zobowiązań uwzględnienie interesu wyłącznie jednej strony prowadzi do naruszenia interesu drugiej strony. W istocie rzeczy problem sprowadza się do kwestii rozkładu ryzyka w umowie o roboty budowlane zawieranej przez zamawiającego z wykonawcą i wprowadzenia klauzul zabezpieczających uzasadnione interesy stron. Zapobiegliwe strony mogą konsekwencje ewentualnej zmiany stawki podatku uregulować w umowie np. w ten sposób, że wskażą w umowie cenę (wynagrodzenie) netto zastrzegając, że do ceny (wynagrodzenia) będzie doliczony VAT, ale nie określają jego wysokości. Nie wydaje się być natomiast uzasadnione, aby za pośrednictwem takich przepisów jak art. 56 kc, czy też art. 354 kc wkomponować do treści zobowiązania obowiązek zapłaty podwyższonego wynagrodzenia w razie zmiany stawki podatku VAT. Za taką możliwością opowiedział się Sąd Okręgowy.
Podstawowa myśl jaka wynika z tych rozważań sprowadza się do stwierdzenia, że obowiązek zapłaty zwiększonego wynagrodzenia przez zamawiającego może wynikać jedynie ze zmiany umowy. Dotyczy to także sytuacji, gdy żądanie zapłaty zwiększonego wynagrodzenia jest następstwem zmiany stawki podatku VAT. Trafność tego stanowiska potwierdza art. 629 kc. Stosownie do tego przepisu, jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia, z wyjątkiem należności uiszczonej za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek. Taka treść art. 629 kc potwierdza wniosek, że sama urzędowa zmiana czynników wpływających na kalkulację wynagrodzenia stron nie wywołuje żadnych automatycznych skutków w zakresie treści zobowiązania.
3. Jeżeli strony w umowie nie zawarły stosownych postanowień co do konsekwencji ewentualnej zmiany stawki podatku VAT względnie za ich zgodą nie doszło do zmiany umowy, to powstaje problem podstaw prawnych do wprowadzenia modyfikacji postanowień umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wykonawcy. W pierwszym rzędzie należy rozważyć możliwość zastosowania w drodze analogii art. 629 i art. 632 § 2 kc do umowy o roboty budowlane. Taką możliwość przyjął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 listopada 1998 r. II CKN 913/97 (niepublik.) oraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 czerwca 2000 r. IV CKN 70/2000 (OSNC 2001/1 poz. 9). Odmienne stanowisko zajął natomiast Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 maja 2004 r. II CK 315/2003 (OSP 2005/5 poz. 60) podnosząc, że zawarty w art. 656 kc katalog odesłań ma charakter zamknięty. Należy jednak zwrócić także uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2005 r. II CK 793/2004 (Gazeta Prawna 2005/146 str. 21), w którym wyrażano pogląd, że: *„Jeśli zlecający roboty budowlane podpisali umowę z wykonawcą, w której ustalono wynagrodzenie ryczałtowe, to jeszcze nie oznacza, że mogą przy nim pozostać. Chociaż przepisy mówią, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie można żądać jego podwyższenia, są sytuacje, w których wykonawca może tego żądać. Takie okoliczności powinien ustalić sąd”* .

Wynika z tego, że zagadnienie zastosowania art. 629 i 632 § 2 kc do umów o roboty budowlane jest wysoce sporne w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Wydaje się, że przekonujące jest stanowisko, iż w sytuacji, gdy strony w umowie o roboty budowlane zastosowały jeden z uregulowanych w Kodeksie cywilnym w przepisach dotyczących umowy o dzieło systemów wynagrodzenia (ryczałtowe, kosztorysowe), to wówczas w drodze analogii należy stosować właściwe przepisy dotyczące umowy o dzieło; jeżeli zaś zastosowały wynagrodzenie innego rodzaju, to wówczas w rachubę wchodzi art. 357[1] kc. Odnośnie zastosowania art. 357[1] § 1 kc wskazać należy, że w uchwale z dnia 24 czerwca 1994 r. III CZP 79/94 (OSNCP 1994/12 poz. 240) Sąd Najwyższy nie wykluczył, że zmiana ustawodawstwa może być uznana - w okolicznościach konkretnej sprawy - za *„nadzwyczajną zmianę stosunków"* . Także w literaturze przedmiotu wskazuje się, że zasadnicze i zaskakujące zmiany stawek celnych lub podatkowych mogą być kwalifikowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków. Chodzi więc o okoliczności, które nie zostały objęte typowym ryzykiem umownym, a ponadto są obiektywne i niezależne od stron.
Dodać należy, że zmianom umowy dokonywanym na podstawie wskazanych przepisów nie stoi na przeszkodzie art. 76 ustawy (3) z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, na podstawie której zawarły umowę strony niniejszego sporu. Zwiększenie wynagrodzenia odpowiednio do wzrostu stawki podatku VAT nie musi oznaczać konieczności zmiany treści oferty, a ponadto jest to zmiana, której - przynajmniej w niektórych sytuacjach - nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.
Z tych względów podjęto uchwałę o treści, jak w sentencji.

5.2.Glosa Ryszarda Szostaka do Uchwały Sądu Najwyższego[158] z dnia 21 lipca 2006 r.

Glosowana uchwała Sądu Najwyższego ma duże znaczenie dla bieżącej praktyki zamówień publicznych. Trafna sentencja uchwały wymaga jednak rozwinięcia, ponieważ dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne jest ograniczona, argumentacja zawarta w uzasadnieniu może okazać się niewystarczająca.
Sąd Najwyższy trafnie ustalił, że według art. 3 ust.1 pkt 1 ustawy o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050) wynagrodzenie należne wykonawcy za zrealizowane roboty budowlane obejmuje podatek VAT. Wykonawca nie może więc żądać zwiększenia tego wynagrodzenia w przypadku ustawowego podwyższenia stawki podatku VAT. Sama zmiana stawki nie stanowi bowiem samoistnej podstawy zmiany treści zobowiązania pieniężnego, chyba że co innego wynikałoby ze szczególnego przepisu prawa. W przepisach nowej ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535) brakuje takiej podstawy. Oznacza to, że ryzyko wzrostu stawek podatku VAT przy umowach o roboty budowlane zawartych przed 1 maja 2004 r. ponoszą w zasadzie wykonawcy. Wyjątki są trzy, a mianowicie stawka podatku VAT może ulec podwyższeniu gdy strony z góry w umowie dopuściły klauzulę wzrostu wynagrodzenia wraz ze wzrostem stawki podatku VAT, podwyższenia wynagrodzenia może dokonać sąd na żądanie wykonawcy w ramach „nadzwyczajnej zmiany stosunków", dobrowolna korekta wynagrodzenia może nastąpić w wyniku zmiany umowy. Jednakże ta ostatnia alternatywa w zamówieniach publicznych z uwagi na zakaz art. 144 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, dalej: pzp). Zgodnie z tym przepisem, pod rygorem nieważności zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty stanowiącej podstawę wyboru wykonawcy, chyba że konieczność takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego (przepis ten odnosi się także do umów zawartych przed wejściem w życie nowego prawa zamówień publicznych, jeśli były one kontynuowane po 6 marca 2004 r.). Trzeba zgodzić się z poglądem Urzędu Zamówień Publicznych (stanowisko opublikowane na stronie Urzędu Zamówień Publicznych w dziale opinie, poz. 8 (www.uzp.gov.pl), że ustawowa zmiana

[158] Szostak Ryszard „*Glosa"* , „Finanse Komunalne" 2007 Nr 4, s. 71 – 75,

stawki podatku VAT nie może być uznana za okoliczność, której nie można było przewidzieć, jeśli była ona wcześniej zapowiadana (ogłoszono projekt), a ponadto w świetle art.144 dopuszczalne są tylko zmiany „konieczne". Pozostałe zaś wyjątki (dwa) możliwe są w warunkach nadzwyczajnych, usprawiedliwiających przerzucenie choćby tylko części ryzyka gospodarczego podwyżki stawki podatku VAT na zamawiającego.
Przed ich objaśnieniem należy zwrócić uwagę na istotną okoliczność ujawniającą się w komentowanej sprawie, a mianowicie, że zawarta między stronami w lutym 2002 r. umowa o zamówienie publiczne była co najmniej dwukrotnie nowelizowana w zakresie wydłużenia terminu wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 36 ust.1 pkt 4 pzp (art. 35 ust.1 pkt 5 poprzednio obowiązującej ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r.), wyznaczenie terminu spełnienia świadczenia niepieniężnego należy do istotnych warunków zamówienia. Dlatego dopuszczalność jego przedłużenia podlega ograniczeniom z art. 144 pzp (art. 76 ustawy z 1994 r.). W praktyce większość aneksów do umów o zamówienie publiczne wydłużających terminy ich realizacji to zmiany bezprawne, wymuszone przez niesumiennych wykonawców, niekiedy w obawie przed odpowiedzialnością odszkodowawczą lub konsekwencjami kar umownych (w świetle art. 5 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114) nieustaleni należności pieniężnej jednostki sektora finansów publicznych, ustalenie jej w wysokości niższej, niedochodzenie albo dopuszczenie do jej przedawnienia stanowi uchybienie karalne). Tymczasem spóźnienie w realizacji zamówionych robót budowlanych nie pociąga wygaśnięcia umowy, lecz co najwyżej zamawiający może umowę wypowiedzieć, jeżeli spóźnienie jest znaczne (bliżej o tym: R. Szostak: Bieg niektórych terminów w prawie zamówień publicznych, cz. II, „Zamówienia publiczne – Doradca" 2005, nr 6, s. 13 – 15). Poza tym w orzecznictwie zaznaczył się pogląd, że strona pozostająca w zwłoce z wykonaniem zamówienia nie może liczyć na ochronę i domagać się podwyższenia wynagrodzenia spowodowanego ogólnym wzrostem cen, nawet w okolicznościach nadzwyczajnych (por. zwłaszcza wyrok Sądu Najwyższego z 9 marca 1990 r. (IV CR – 867/99), OSN CP, nr 5 – 6, poz. 76).
Dopuszczenie indeksacji wynagrodzenia kosztorysowego (przy wynagrodzeniu ryczałtowym indeksacja jest wykluczona, ponieważ do jego istoty należy zapewnienie trwałości sumy ekwiwalentu pieniężnego. Dlatego właśnie według art. 632 § 1 Kc, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, wykonawca nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac) lub innego rodzaju wynagrodzenia dopuszczającego mechanizm zmiany jego wysokości, stosownie do spodziewanej okoliczności w trakcie realizacji umowy (np. zmiany stawki podatku VAT) nie budzi żadnych wątpliwości, także w sferze zamówień publicznych (bliżej o tym: R.Szostak: Kształtowanie wynagrodzenia pieniężnego w umowie o dzieło – uwagi na tle doświadczeń praktyki i orzecznictwa. Studia z prawa cywilnego i gospodarczego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesor Czesławie Żuławskiej, Kraków 2000, s. 214 i nast.). Chodzi tu bowiem o samoczynną korektę wynagrodzenia, na podstawie pierwotnej woli stron wyrażonej w umowie, a nie o nowelizację umowy zakazaną z mocy art. 144 pzp. Obliczenie ewentualnego wzrostu indeksowanego wynagrodzenia stanowi więc czynność wykonawczą względem umowy, o charakterze wyłącznie deklaratywnym, a nie kształtującym (por. zwłaszcza: S. Buczkowski: Kodeks cywilny z komentarzem, Warszawa 1972, s.1263). Dlatego dopuszczenie kryterium zmiany wynagrodzenia musi być na tyle skonkretyzowane w umowie, aby nie wymagało żadnych dodatkowych uzgodnień. Obowiązujący w stanie faktycznym komentowanej sprawy art. 51 ust.1 ustawy z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 z późn. zm.) wymagał jednak od jednostek sektora finansów publicznych ustalenia z góry w dniu zawierania transakcji maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania pieniężnego, co łączyło się z wyznaczeniem dopuszczalnego pułapu jego ewentualnego wzrostu.
Wykluczająca jakąkolwiek waloryzację lub inną korektę formuła wynagrodzenia ryczałtowego polega na jednoznacznym ustaleniu (z góry, przy podpisywaniu umowy) sztywnej kwoty z tytułu ostatecznie skonkretyzowanej należności za całość dzieła (robót), bez podziału na poszczególne składniki wynagrodzenia. Ryczałtowy sposób ustalenia wynagrodzenia wymaga – tak zresztą jak i kosztorys –

dokładnej znajomości potrzebnych nakładów, w przeciwnym razie może prowadzić do niegospodarności. W ogóle ryczałt, z uwagi na brak możliwości zmian (wynagrodzenie kosztorysowe może wzrosnąć z tytułu poniesienia nakładów dodatkowych albo ulec obniżeniu w wyniku odstąpienia od nakładów zbędnych), pociąga ryzyko dla obu stron. Chroniąc zamawiającego przed wzrostem sumy wynagrodzenia, ryczałt zawiera ryzyko dla wykonawcy, ale z kolei gwarantuje mu pełne wynagrodzenie, chociażby faktyczne koszt dzieła (robót) okazały się mniejsze. W szczególności odpada w ogóle problem prac dodatkowych. Zamiast zaś rzekomej potrzeby takich prac występuje co najwyżej niedokładny opis przedmiotu zamówienia. Dlatego ryczałtowy sposób kształtowania wynagrodzenia może mieć zastosowanie tylko przy prostych robotach budowlanych, w warunkach ułatwionej oceny wartości przedmiotu zamówienia z góry, przed zawarciem umowy, gdy margines czynników nieprzewidywalnych i związanego z nimi ryzyka gospodarczego jest niewielki (Sąd Najwyższy w wyroku z 15 sierpnia 1975 r. (I CR – 462/75), OSP 1978, nr 1, poz. 1, dopuścił wyjątkowo możliwość ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o zamówienie publiczne.
Ostatnio w orzecznictwie Sądu Najwyższego zaznaczyła się niezrozumiała rozbieżność co do możliwości analogicznego stosowania do umowy o roboty budowlane przepisów o wynagrodzeniu przy umowie o dzieło, sygnalizowana również w powyższej uchwale. Wprawdzie normujący odpowiednie stosowanie przepisów o umowie o dzieło w stosunkach wynikających z umowy o roboty budowlane art. 656 § 1 Kc nie odsyła wyraźnie do art. 628 – 632 Kc, ale nigdy dopuszczalność wnioskowania *per analogiam* nie budziła w tym zakresie wątpliwości (por. zwłaszcza: S. Buczkowski: System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, t.3/2. Wrocław 1970, s.470; Z. Gordon: Umowa budowlana w obrocie uspołecznionym, Toruń 1991, s. 94; E. Zielińska: Prawo umów budowlanych, Warszawa 1999, s.361 oraz K. Kołakowski: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania, t.2, s.225).
Podstawowe znaczenie dla poglądu wykluczającego możliwość analogicznego stosowania art. 628 – 632 Kc do umów o roboty budowlane ma powołany w glosowanej uchwale wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2004 r., w świetle którego art. 656 § 1 Kc określa w sposób enumeratywny zamknięty okres odpowiedniego stosowania przepisów poświęconych umowie o dzieło do stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane, a w wyliczeniu w nim zawartym brakuje odesłania do art. 628 – 632 Kc. Orzeczenie to spotkało się z krytyką w literaturze (por. zwłaszcza: W. Białończyk w glosie do tego wyroku, OSP 2005, nr 5, poz. 60). Teza w nim wyrażona nie została zaakceptowana w późniejszym orzecznictwie (por. zwłaszcza wyrok z 27 lipca 2005 r. (II CK – 793/04), „Gazeta Prawna" 2005, nr 146, s.21). Poglądu tego nie można aprobować. Dopuszczalność jakiegokolwiek wnioskowania *per analogiam* uzasadniają dwie podstawowe okoliczności, a mianowicie istnienie tzw. luki w prawie (brak regulacji wynagrodzenia za roboty budowlane jest bezsporny) oraz podobieństwo między stosunkiem rozpoznawalnym a stosunkiem ustawowo uregulowanym. W odniesieniu do analizowanej sytuacji ta druga przesłanka również jest spełniona. Wydaje się, że na powyższym kierunku orzecznictwa, niedostrzegającego podobieństwa między oboma typami kontraktów zaciążyła bezzasadna obawa, aby za wszelką cenę umowy o roboty budowlane nie utożsamiać z umową o dzieło. Wynika to jasno z argumentacji zapadłych rozstrzygnięć, gdzie zwracano szczególną uwagę na odrębność obu umów. Tymczasem odrębności tej obecnie właściwie nikt już nie kwestionuje. Nie oznacza to jednak, aby można było pomijać problem oczywistego podobieństwa istniejącego w zakresie podstawowych elementów konstrukcyjnych obu umów, tym bardziej że historycznie ujmując, umowa o roboty budowlane wywodzi się właśnie z umowy o dzieło. Wnioskowanie *per analogiam* jest znanym od czasów starożytnych i koniecznym sposobem wykładni przepisów, mającym pierwszeństwo przed wnioskowaniem na podstawie ogólnych zasad danej dziedziny prawa.
Wobec powyższego nasuwa się pytanie o podstawę prawną ewentualnego żądania podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy za roboty budowlane na drodze sądowej. W literaturze przedmiotu zaznaczyło się trafne zapatrywanie, zgodnie z którym ograniczenie z art. 144 pzp dotyczy tylko zakazu renegocjacji umowy bezpośrednio przez same jej strony (por.: T. Siedlecki: Prawo zamówień z komentarzem, Bydgoszcz – Warszawa 2004, s. 297; J. Baehr Prawo zamówień publicznych. Komentarz (red. T. Czajkowski), Warszawa 2004, s.314 oraz W. Robaczyński: Zmiany okoliczności a

stabilizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego „Finanse Komunalne" 2005, nr 10, s. 43-44), nie dotyczy zaś sytuacji objętych art. 357^1 oraz art. 632 Kc, a także przypadku z art. 358^1 § 3 Kc, które jednak w analizowanej sytuacji odpada, ponieważ odnosi się do istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza i nie może się na niego powoływać przedsiębiorca. Celem zakazu z art. 144 pzp jest bowiem ochrona interesu publicznego poprzez zapobieganie obchodzeniu wyników przetargów lub innych procedur udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza poprzez renegocjację umowy na niekorzyść zamawiającego. Niebezpieczeństwo takie nie występuje w sytuacjach objętych powyższymi unormowaniami kodeksowymi. Ich wyłączenie w obrębie zamówień publicznych pozbawione byłoby sensu, skoro rozwiązania w nich zawarte mają powszechne zastosowanie (por. art. 138 pzp o posiłkowym stosowaniu kodeksu do umów o zamówienie publiczne), tym bardziej że decyzję o dopuszczalnej modyfikacji stosunku umownego na ich podstawie powierzono niezależnemu sądowi. Odrzucenie możliwości zastosowania przepisów art. 357^1 i art. 632 § 2 Kc w zamówieniach publicznych prowadziłoby niekiedy w praktyce do utraty opłacalności transakcji po stronie wykonawcy w razie zaistnienia nadzwyczajnej zmiany okoliczności. Sprzyjałoby więc „porzucaniu" placu budowy przez znajdujących się w przymusowej sytuacji wykonawców. Zamawiającego zaś narażałoby na konieczność wypowiedzenia umowy i powtórne udzielenie zamówienia na dokończenie robót.

Regulujące wynagrodzenie kosztorysowe przepisy art. 629 – 631 Kc nie przewidują możliwości sądowego jego podwyższenia. W szczególności w analizowanej sprawie odpada art. 629 Kc o zarządzeniu właściwego organu państwowego zmieniającego wysokość cen lub stawek przyjętych w obliczeniach kosztorysowych. Otwiera się zatem droga do ewentualnego zastosowania ogólnego art. 357^1 Kc. W odniesieniu zaś do wynagrodzenia ryczałtowego zastosowanie może znaleźć art. 632 § 2 Kc stanowiący *lex specialis* względem art. 357^1 Kc. Na podstawie tych przepisów przewidujących odstępstwa od zasady *pacta sunt sevanda* sąd może zmodyfikować zobowiązanie pieniężne także na niekorzyść zamawiającego.

Zgodnie z art. 357^1 Kc, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron zgodnie z zasadami współżycia społecznego oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, zmienić wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Podstawowe znaczenie ma tu „nadzwyczajna zmiana stosunków"(np. klęska żywiołowa, strajk, epidemia) oraz zagrożenie „rażącą stratą", zwłaszcza w postaci konieczności wydania znacznie większych sum pieniężnych, niż zakładano. W doktrynie i orzecznictwie za nadzwyczajną zmianę stosunków uznaje się także zaskakujące zmiany stawek celnych i podatkowych (por. zwłaszcza: T. Wiśniewski: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania, t.1, Warszawa 2006, s.38 – 39 oraz uchwałę Sądu Najwyższego z 24 czerwca 1994 r. (III CZP – 79/94), OSN C 1994, nr 12, poz. 240). W szczególności trzeba tu odnotować wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2005 r. (III CK – 645/04), w którym wyrażono stanowisko, że „nadzwyczajną zmianą stosunków (art. 357^1 Kc) może być taka zmiana legislacyjna, której zakres, kształt i stopień niemożliwe w szczegółach do przewidzenia, wpłynęły w istotny sposób na sytuację majątkową co najmniej jednej strony umowy". W sprawie rozstrzygniętej tym wyrokiem pogotowie ratunkowe w K. domagało się od Narodowego Funduszu Zdrowia zwrotu kwoty odpowiadającej wydatkom związanym z realizacją ustawowego obowiązku podwyższenia wynagrodzenia swoim pracownikom. W piśmiennictwie i orzecznictwie (por. wyrok SN z 9 kwietnia 2003 r. (I CKN – 255/01), Lex nr 78890) panuje zgodność co do tego, że nie jest możliwe zmodyfikowanie na podstawie art. 357^1 Kc stosunku umownego w całości wykonanego, albo zobowiązania dotkniętego zwłoką wykonawcy.

Zgodnie z art. 632 § 2 Kc, jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby wykonawcy rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Hipoteza tego przepisu jest nieco węższa niż poprzedniego, ale w przypadku żądania podwyższenia wynagrodzenia nie ma większych różnic. Jednakże zmiana stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 Kc nie musi być nadzwyczajna, wystarczy aby była nieprzewidywalna, a głównym celem

tego przepisu jest ochrona wykonawcy przed rażącą stratą, w tym przed utratą dochodu (por. wyrok SN z 18 września 1998 r. (III CKN – 621/97), OSP 1999, nr 1, poz. 9).
Brak okoliczności z art. 357^1 lub z art. 632 § 2 Kc wyklucza możliwość sądowego podwyższenia umówionego wynagrodzenia za roboty budowlane objęte zamówieniem publicznym.

6. ZAMÓWIENIA NA ROBOTY DODATKOWE

Zgodnie z **art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy**, możliwe jest w trybie zamówienia z wolnej ręki , dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % 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.

Zamówienie dodatkowe nie może zostać przewidziane w SIWZ. Musi to być takie zamówienie, które jeśli nie zostanie zrealizowane, spowoduje brak prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego. Konieczność realizacji zamówienia dodatkowego nie może wynikać z braku należytej staranności lub w wyniku zaniedbań ze strony zamawiającego.
Należy jednak pamiętać, że:

1. Realizacja zamówienia dodatkowego musi wynikać z okoliczności, których wcześniej nie można było przewidzieć.
2. Zamówienie dodatkowego można udzielić wyłącznie w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia podstawowego jest robota budowlana lub usługa.
3. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa UZP o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.
4. Postępowanie o udzielenie zamówienia dodatkowego musi zostać nowym protokołem postępowania z negocjacji z wykonawcą, spełniającym wymogi ustawy.
5. Zamówienie dodatkowe jest to nowe zamówienie realizowane w procedurze zamówienia z wolnej ręki które kończy się zawarciem nowej umowy. Dopiero po jej podpisaniu może dojść do realizacji zamówienia dodatkowego.

Zamawiający powinien wykazać, że zachodzą odpowiednie przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki na udzielenie zamówienia dodatkowego. Moim zdaniem zamawiający w przypadku udzielenia zamówienia dodatkowego powinien sporządzić stosowny protokół konieczności wykonania robót budowlanych lub usług, w którym należy opisać między innymi konieczność realizacji robót/usług nieprzewidzianych w SIWZ i w umowie, ze szczególnym uwzględnieniem, czy muszą zostać udzielone dotychczasowemu wykonawcy, czy nie były nieobjęte zamówieniem podstawowym i nie przekraczają 50% wartości realizowanego zamówienia.
Zamawiający za podstawę ustalenia wartości zamówienia dodatkowego winien przyjąć wartość przedmiotu zamówienia przyjętą w umowie o zamówienie publiczne. Jest to więc wartość obejmująca podatek od towarów i usług.
Nie jest możliwe udzielenie zamówienia dodatkowego w sytuacji gdy przewidziano wykonanie zamówienia podstawowego za cenę ryczałtową. Zgodnie z art. 632 Kc, **jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac**.Skutki finansowe błędów w opisie przedmiotu zamówienia obciążają wykonawcę zamówienia. To wykonawca winien przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na cenę zamówienia.

7. ZWROT ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY - ZADANIE MERYTORYCZNEGO WYDZIAŁU

Zamawiający zwraca, z wyjątkiem kwoty określonej w umowie pozostawionej na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości, zabezpieczenie należytego wykonania umowy w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane. Naczelnik merytorycznie właściwego wydziału składa na piśmie wniosek do Wydziału Finansowego o konieczności zwrotu oferentowi wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wniosek winien ponadto zawierać informację o ewentualnych potrąceniach części wniesionego zabezpieczenia. Wniosek należy sporządzić na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 75.** Wniosek podpisuje naczelnik merytorycznego wydziału. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości winna być zwrócona nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości. Tryb postępowania w sprawie zwrotu pozostawionej kwoty – jak powyżej.

8. DOKUMENTACJA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Komisja Przetargowa sporządza protokół na druku **ZP –1 lub ZP –2 z odpowiednim do trybu postępowania załącznikiem (np. ZP –1/PN) .** Protokół podpisują wszyscy członkowie Komisji Przetargowej . Po zatwierdzeniu wyników postępowania przez Zarząd Powiatu protokół podpisuje Pełnomocnik Do protokołu załącza się niezbędne w danym rodzaju postępowania, pozostałe druki **ZP.** Ponadto Sekretarz Komisji Przetargowej załącza pozostałe dokumenty związane z tym postępowaniem. Wśród załączników **ustawa** wymienia:

- **oferty,**
- **opinie biegłych,**
- **oświadczenia** (np. oświadczenia osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia o braku lub istnieniu okoliczności skutkujących ich wykluczeniem z udziału w postępowaniu oraz inne oświadczenia składane podczas postępowania zarówno przez wykonawców, jak i zamawiającego,
- **informację z zebrania wykonawców** zwołanego w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści SIWZ,
- **zawiadomienia** (np. zawiadomienie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wniesieniu protestu, jego treści i zarzutach, zawiadomienie o poprawieniu przez zamawiającego w tekście oferty oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny oferty, zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, zawiadomienie o odrzuceniu oferty, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania),
- **wnioski** (np. wnioski o dopuszczenie do udziału w akcji elektronicznej, wnioski komisji konkursowej o unieważnieniu konkursu, wnioski uczestników konkursu o przekazanie regulaminu konkursu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mającym na celu udzielenie koncesji na roboty budowlane, wniosek zamawiającego o wszczęcie postępowania na zasadach szczególnych do ministra właściwego do spraw zagranicznych w przypadku zamówienia prowadzonego placówkę zagraniczną, wniosek wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia),
- **inne dokumenty i informacje** składane przez zamawiającego i wykonawców,
- **umowę** w sprawie zamówienia publicznego.

Wszystkie druki i pisma znakowane są symbolem właściwego merytorycznie wydziału oraz zgodnie z postanowieniami „Regulaminu Organizacyjnego Starostwa Powiatowego w Pabianicach" i „Instrukcji Kancelaryjnej dla Organów Powiatu".

Wszystkie druki użyte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy w kolejności ponumerować od najniższej do najwyższej numeracji. (**np. ZP1, ZP11, ZP12 itd**.). Należy również ponumerować pozostałe dokumenty nadając im kolejną numerację. Wszystkie druki i dokumenty powstałe w toku danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wpisać do „Spisu spraw", którego wzór określa „Instrukcja Kancelaryjna dla Organów Powiatu". Przy oznaczaniu spraw w Starostwie Powiatowym stosuje się jednolitą pozycję rzeczowego wykazu akt **– 3450 Zamówienia Publiczne**, np. **BZ.III. 3450 - .... / 03.** Należy dokonać wydzielenia każdego zamówienia publicznego z teczki w osobne zbiory, zakładając podteczki, które otrzymują znak akt macierzystej teczki oraz hasło z dodaniem nazwy sprawy wydzielonej (§ 16 ust. 1 „Instrukcji Kancelaryjnej dla Organów Powiatu"), np**. BZ.III. 3450 – 1 / 04 Zamówienia Publiczne – Zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na zakup samochodu osobowego dla Starostwa Powiatowego w Pabianicach.**

9. UDOSTĘPNIANIE DOKUMENTÓW POSTĘPOWANIA

Zgodnie z **art. 8 ustawy** postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 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 – **art. 96 ust. 3**. Ustawa także precyzuje, iż nie można zapoznać się z zawartością ofert przed upływem terminu ich otwarcia. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane innym uczestnikom postępowania – **art. 96 ust.4 ustawy.**
Z treści cytowanego przepisu expressis verbis wynika, iż protokół oraz wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania stanowiące załączniki do protokołu są jawne i powinny być udostępniane do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na istnienie interesu prawnego oraz faktycznego.
Biorąc natomiast pod uwagę, iż protokół sporządzany jest podczas prowadzenia postępowania, jego udostępnienie winno mieć miejsce na każde żądanie zainteresowanego, zarówno w trakcie jego trwania jak i po zakończeniu.
W stosunku do obowiązku ujawniania treści niektórych dokumentów składanych w trakcie postępowania, ustawa wprowadza pewne wyjątki:

- zakaz ujawniania źródła zapytania przy udostępnianiu treści wyjaśnienia (**art. 38 ust. 2),**
- zakaz ujawniania treści prowadzonych negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia (**art. 65**) oraz negocjacji z ogłoszeniem (**art. 58 ust. 3).**

W przypadku wątpliwości komu można udostępniać dokumentację postępowania, należy wziąć pod uwagę normy prawne zawarte w innych aktach normatywnych, które nakładają na niektórych zamawiających obowiązek udostępniania dokumentacji również podmiotom nie będącym uczestnikom postępowania. Zgodnie z art. 2 z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej[159] prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje każdemu, niezależnie od istnienia interesu prawnego lub faktycznego. Treść art. 6 tej ustawy wymienia zakres informacji publicznych podlegających udostępnieniu, między innymi informacji o majątku publicznym, długu publicznym oraz ciężarach publicznych (pkt.5 lit. c, f, h). Wyrażenie „ w szczególności" użyte w cytowanym przepisie, świadczy o tym, iż wymienia on jedynie przykładowy katalog informacji publicznej. W opinii Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych za informację publiczną dostępną każdemu należy uznać informacje związane z udzielaniem zamówień publicznych.
Zakres dokumentacji objętej zasadą jawności nie budzi zastrzeżeń. Budzi je natomiast tryb udostępniania protokołu z załącznikami. Został on uregulowany w rozporządzeniu Prezesa Rady

[159] Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego . Zgodnie z § 5 ust.1 zamawiający umożliwia w swojej siedzibie sporządzanie kserokopii lub odpisów protokołu wraz z załącznikami. Natomiast § 5 ust. 2 stanowi, iż zamawiający przesyła na wniosek wykonawcy kopię protokołu. Szeroko pojęty obrót dokumentacją (informacją) obejmujący udostępnianie protokołu nie został unormowany zadawalająco. Przede wszystkim poza regulacją pozostawiono kwestię terminu udostępnienia protokołu, a wykonawca przed dokonaniem określonych czynności może potrzebować pewnych informacji zawartych w protokole. W razie zwłoki nie będzie mógł brać udziału w postępowaniu. Przy poszukiwaniu odpowiedzi, w jakim terminie zamawiający powinien udostępnić kopię protokołu, należy odróżnić bezpośredni wgląd do protokołu od przesłania jego kopii. Wydaje się, że w lepszej sytuacji jest wykonawca chcący skorzystać z protokołu bezpośrednio, na co wskazuje zwrot „zamawiający umożliwia w swojej siedzibie ....". Z takiego sformułowania można wyinterpretować niezwłoczność udostępnienia. Natomiast nawet daleko idąca wykładnia nie wskazuje na termin przesłania kopii. Nieuregulowanie tak ważnej kwestii może prowadzić do naruszenia jawności oraz zasady równego traktowania. **Ustawa** jest konglomeratem przepisów i odesłań do różnych gałęzi prawa. Przepis **art. 14 ustawy** stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy **ustawy** nie stanowią inaczej. Tu jednak nie mamy do czynienia ze świadczeniem będącym przedmiotem zobowiązania jednej ze stron. Udostępnienie protokołu jest czynnością techniczną, a odesłanie do Kc. związane jest z faktem, że między zamawiającym a wykonawcą nawiązuje się stosunek cywilnoprawny.
Także przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego nie mogłyby znaleźć tu zastosowania, bo na ich podstawie wykonywane są jedynie pewne władcze rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.
Najodpowiedniejsza wydaje się ustawa o dostępie do informacji publicznej, bo choć zamówienie publiczne jest odrębną kategorią pojęciową, to informacja o nim mieścić się będzie w pojęciu „informacja publiczna".
Norma kolizyjna zawarta w art. 2 ust.1 ustawy o dostępie do informacji publicznej wyłącza stosowanie jej przepisów tylko w sytuacji, w której inna ustawa reguluje ten sam zakres. W **ustawie** nie ma regulacji dotyczącej terminu udostępnienia kopii protokołu, więc z pewnością ustawa o dostępie do informacji publicznej znajdzie tu zastosowanie. Termin udostępnienia informacji uregulowany został w art. 13 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, w myśl którego udostępnienie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, z zastrzeżeniem art. 13 ust.2 i art. 15 ust.2. Ust. 2 art. 13 stanowi, iż jeżeli informacja publiczna nie może być udostępniona w terminie określonym w ust. 1, podmiot obowiązany do jej udostępnienia powiadamia w tym terminie o powodach opóźnienia oraz o terminie, w jakim udostępni informację, nie dłuższym jednak niż 2 miesiące od dnia złożenia wniosku.
Art. 10 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej stanowi, iż informacja publiczna, która może być niezwłocznie udostępniona, jest udostępniana w formie ustnej lub pisemnej. Zastrzeżenie „która może" związane jest nie z jawnością lub poufnością określonych informacji, lecz ewentualną koniecznością ich przetworzenia. Tak więc to względy techniczne mogą mieć wpływ na ową „niezwłoczność". Z protokołem postępowania o zamówienie publiczne sprawa jest prosta: zgodnie z **art. 9 ust. 1 ustawy** prowadzi się go w formie pisemnej, i taki jest gotowy do udostępnienia. Oznacza to, że **jego kopia powinna być udostępniona niezwłocznie.**

10. GWARANCJA ZAPŁATY ZA ROBOTY BUDOWLANE

Wykonawcy robót budowlanych mogą żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty za zrealizowane roboty budowlane. Również jednostki sektora finansów publicznych zobowiązane do wyboru wykonawcy w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą na żądanie wykonawcy robót budowlanych okazać stosowną gwarancję zapłaty.

Ustawę z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane[160], stosuje się do umów, których przedmiotem jest wykonywanie robót budowlanych w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane. Ustawa ta pojęcie robót budowlanych definiuje jako budowę, rozbudowę, nadbudowę oraz przebudowę obiektu budowlanego, a także prace polegające na montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Zgodnie z prawem budowlanym remontem jest wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Ustawa o gwarancji zapłaty za roboty budowlane dotyczy wszystkich umów o wykonanie robót budowlanych bez względu na:

- kwotę należną za zrealizowanie przedmiotu umowy,
- potencjał wykonawcy,
- potencjał zamawiającego,
- termin realizacji umowy.

Na gruncie obowiązujących przepisów ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane muszą między innymi stosować podmioty obowiązane dokonać wyboru wykonawcy tych robót w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tryb, w jakim dokonano wyboru wykonawcy nie ma wpływu na obowiązki zamawiającego wynikającej z przepisów tej ustawy. Ustawa ta umożliwia każdemu wykonawcy robót budowlanych zażądanie od zamawiającego, aby ten bez względu na etap zaawansowania prowadzonych prac przedstawił gwarancję zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia za wykonane w ramach zawartej umowy roboty budowlane.

Gwarancja zapłaty może być przedstawiona w formie:

- gwarancji bankowej
- gwarancji ubezpieczeniowej
- akredytywy bankowej
- poręczenia bankowego udzielonego wykonawcy robót budowlanych

Gwarancja zapłaty za roboty budowlane musi jednoznacznie określać:

- robotę budowlaną, której dotyczy,
- beneficjenta gwarancji (tj. wykonawcę robót budowlanych),
- wysokość sumy gwarancyjnej
- termin zapłaty za wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zawartej umowy.

Ustawa o gwarancji zapłaty za roboty budowlane jest aktem prawnym, który w zdecydowanie uprzywilejowanej sytuacji stawia prawa wykonawcy ponad prawami zamawiającego. Wykonawca robót budowlanych ma wobec zamawiającego prawo do:

- zgłaszania żądania przedstawienia stosownej gwarancji zapłaty należnych roszczeń,
- wstrzymania się od wykonywania robót objętych umową, jeżeli zamawiający nie przedstawi w wyznaczonym terminie odpowiedniej gwarancji zabezpieczającej zapłatę,
- wstrzymania się od oddania obiektu zamawiającemu w przypadku braku odpowiedniej gwarancji zabezpieczającej należną płatność,
- odstąpienia od umowy z winy zamawiającego, jeżeli po wyznaczeniu (na piśmie) dodatkowego terminu na przedstawienie zapłaty, zamawiający jej nadal nie przedstawia.

Ustawa przewiduje również, **iż zamawiający nie może przez czynność prawną wyłączyć lub ograniczyć prawa wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty. Wypowiedzenie umowy spowodowane żądaniem gwarancji zapłaty za roboty budowlane jest bezskuteczne.**

Na mocy tej ustawy brak w wyznaczonym terminie wystarczającej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonywaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących zamawiającego i uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym artykułem zamawiający nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia, mimo niewykonania dzieła, jeżeli

[160] Dz. U. Nr 180, poz. 1758 z późn. zm.

przyjmujący zamówienie był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. Jednak w przypadku takim zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła.
Ustanowienie gwarancji zapłaty za roboty budowlane bez względu na formę, w jakiej zostanie ona przyjęta, wiąże się z poniesieniem stosownych opłat. Stroną ponoszącą opłaty jest zamawiający. Ma on jednak prawo do żądania zwrotu przynajmniej części poniesionych opłat. Zgodnie z § 4 ust. 3 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, **zamawiający może żądać zwrotu kosztów udzielonych gwarancji zapłaty w części, w jakiej dokonał terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych. Zwrotu kosztów udzielonych gwarancji zapłaty dokonuje się w wysokości powszechnie przyjętej, nieprzekraczającej 2% gwarantowanej kwoty.** Zatem jeżeli gwarant zażąda prowizji z tytułu udzielonej gwarancji wyższej niż 2 % gwarantowanej kwoty, różnicę będzie musiał pokryć ze swych środków zamawiający.
Należy zaznaczyć, że wykonywanie uprawnień przewidzianych przepisami ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. nie narusza przepisów Kodeksu cywilnego o wykonaniu zobowiązań i skutkach ich niewykonania.

10.1. Ustawa o gwarancji zapłaty za roboty budowlane

USTAWA[161]
z dnia 9 lipca 2003 r.
o gwarancji zapłaty za roboty budowlane[162]

Art. 1. Ustawę stosuje się do umów, których przedmiotem jest wykonywanie robót budowlanych w rozumieniu przepisów prawa budowlanego.

Art. 2. 1. Gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zwanej dalej *„gwarancją zapłaty”*, udziela się w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych.

2. Gwarancją zapłaty jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone wykonawcy robót budowlanych na zlecenie zamawiającego wykonanie tych robót.

Art. 3. 1. Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa do żądania gwarancji zapłaty.

2. Wypowiedzenie umowy spowodowane żądaniem gwarancji zapłaty jest bezskuteczne.

Art. 4. 1. Wykonawca robót budowlanych może w każdym czasie żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia, wynikającego z umowy oraz ze zleceń dodatkowych.

2. Udzielenie gwarancji zapłaty nie stoi na przeszkodzie żądaniu dalszych gwarancji do łącznej wysokości określonej w ust. 1.

3. Zamawiający może żądać zwrotu kosztów udzielonych gwarancji zapłaty w części, w jakiej dokonał terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych, z zastrzeżeniem ust. 4.

4. Zwrotu kosztów udzielonych gwarancji zapłaty dokonuje się w wysokości powszechnie przyjętej, nieprzekraczającej 2 % gwarantowanej kwoty.

Art. 5. 1. Jeżeli wykonawca nie uzyska wystarczającej gwarancji zapłaty w odpowiednim, wyznaczonym przez siebie terminie, uprawniony jest do wstrzymania się od wykonywania robót i oddania obiektu zamawiającemu.

---

[161] Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o terminach zapłaty za roboty budowlane, publ. LexPolonica
[162] Dz. U. Nr 180, poz. 1758 z późn. zm. „Lex Polonica”.

2. Po wyznaczeniu na piśmie dodatkowego terminu do udzielenia gwarancji zapłaty i jego bezskutecznym upływie wykonawca uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy zamawiającego.

3. Brak wystarczającej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonywaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących zamawiającego i uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 Kodeksu cywilnego.

Art. 6. Wykonywanie uprawnień przewidzianych przepisami niniejszej ustawy nie narusza przepisów Kodeksu cywilnego o wykonaniu zobowiązań i skutkach ich niewykonania.

Art. 7. Przepisów ustawy nie stosuje się do umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy.

Art. 8. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

11. REJESTR ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Sekretarz Komisji prowadzi w formie elektronicznej „**Centralny Rejestr Udzielonych Zamówień Publicznych w Starostwie Powiatowym w Pabianicach**" na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 76**, z podziałem na poszczególne rodzaje zamówień (dostawy, usługi, roboty budowlane).

12. SPRAWOZDANIA O UDZIELONYCH ZAMÓWIENIACH

Pełnomocnik sporządza roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach w Starostwie Powiatowym w Pabianicach. Sprawozdanie należy przekazać Prezesowi Urzędu do dnia 1 marca każdego roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie. Sprawozdanie należy sporządzić na drukach określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 sierpnia 2006 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania[163]. Stosownie do postanowień **art. 98 ust. 2 ustawy** sprawozdanie to Pełnomocnik przekazuje Prezesowi Urzędu w terminie do dnia 1 marca każdego roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie. Druk rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych Pełnomocnik przesyła do Urzędu Zamówień Publicznych w wersji elektronicznej, a w przypadku braku możliwości przekazania drogą elektroniczną – drogą pocztową.

13. PRZECHOWYWANIE DOKUMENTACJI POSTĘPOWANIA

Całość dokumentacji powstałej w wyniku danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przechowuje merytorycznie właściwy wydział. który zobowiązany jest, przez okres 4 lat od zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do przechowywania ofert i pozostałych dokumentów postępowania w sposób gwarantujący ich nienaruszalność – **art. 97 ust.1** ustawy.

Należy zwrócić uwagę na zapis art. **97 ust. 2 ustawy**, stanowiący że 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.**

14. ZAWIADOMIENIE O WSZCZĘCIU KOLEJNEGO POSTĘPOWANIA

Komisja Przetargowa w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia **zamawiający na wniosek wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia,** zawiadamia o

[163] Dz. U. Nr 155, poz. 1110.

wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia (**art. 93 ust. 5 ustawy**). Zawiadomienie Komisja Przetargowa sporządza na **formularzu zgodnym z treścią załącznika Nr 77 .**

mgr Karol Klimek
Pabianice, dnia 26 maja 2007 r.

Niniejsze opracowanie może być wykorzystywane
wyłącznie do przygotowania i przeprowadzenia
postępowań o udzielenie zamówienia publicznego
w Starostwie Powiatowym w Pabianicach oraz
powiatowych jednostkach organizacyjnych Powiatu Pabianickiego.
Kopiowanie, powielanie oraz udostępnianie osobom trzecim
bez zezwolenia właściciela praw autorskich jest zabronione
Wszelkie prawa zastrzeżone:
Karol Klimek Sekretarz Powiatu Pabianickiego