



Fundusze unijne dla oświaty

**Wybór wykonawcy z zachowaniem
zasad równego traktowania,
uczciwej konkurencji i przejrzystości**

www.efs.men.gov.pl

Stowarzyszenie na rzecz Rozwoju Rynku Pracy „S-TO-S”

Autor:

Dariusz Koba

Fundusze unijne dla oświaty

**Wybór wykonawcy z zachowaniem
zasad równego traktowania,
uczciwej konkurencji i przejrzystości**

Warszawa, grudzień 2010 r.

Wydawca:

Fundacja Fundusz Współpracy
ul. Górnośląska 4a
00-444 Warszawa
tel. +48 22 45 09 800
fax +48 22 45 09 803
e-mail: cofund@cofund.org.pl

Na zlecenie

Ministerstwa Edukacji Narodowej
Departamentu Funduszy Strukturalnych
al. J. Ch. Szucha 25
00-918 Warszawa
tel. +48 22 34 74 881
fax +48 22 34 74 883
e-mail: sekretariatdfs@men.gov.pl

ISBN:

egzemplarz bezpłatny

Opracowanie graficzne, łamanie i skład:
Małgorzata Barska
www.malgorzatabarska.com

Zdjęcie na okładce:
Maria K. Klimczak

Druk: Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów

Nakład:

Spis treści

Wstęp	5
1. Zasady udzielania zamówień	9
1.1. Równe traktowanie	9
1.2. Uczciwa konkurencja	13
1.3. Przejrzystość	18
2. Implementacja zasad	21
2.1. Opis przedmiotu	22
2.2. Upublicznienie	25
2.3. Kwalifikacja wykonawców	28
2.4. Wybór oferty najkorzystniejszej	35
3. Procedury	40
3.1. Przetarg	40
3.2. Aukcja	45
3.3. Zapytanie ofertowe	48
Addendum. Zamówienia najniższej wartości	52

Wstęp

W przypadku każdej niemal działalności w pierwszym rzędzie zwracamy uwagę na jej efekty, wyniki. W drugiej dopiero kolejności pytamy o koszty, nakłady poniesione w celu osiągnięcia tych efektów. Jednak dopiero zestawienie obu stron rachunku daje obraz sensowności działania. Poprawę efektywności można osiągnąć zarówno poprzez zwiększenie efektów, osiągnięć, korzyści, jak i poprzez obniżenie kosztów. Wiedzą o tym przedsiębiorcy działający w oparciu o czysty rachunek ekonomiczny, coraz częściej myślą w tych kategoriach instytucje publiczne.

Analiza kosztów i korzyści w sektorze publicznym różni się od podobnych analiz w sektorze prywatnym. Różnice dotyczą jednak przede wszystkim rodzajów korzyści, sposobów ich definiowania i mierzenia oraz rodzajów i sposobów ponoszenia ryzyka. W zakresie kosztów analizy te są zbliżone. Choć rozpatrywane są, po części przynajmniej, różne źródła finansowania, zawsze kluczową kwestią jest optymalizacja nakładów w odniesieniu do rezultatów. Czyż nie obrazuje tego właściwie następująca zasada:



Wydatki powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,*
- b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.*

Jest to jedna z podstawowych zasad finansów publicznych, choć równie dobrze znajduje zastosowanie w sektorze prywatnym.

Skoro sektor publiczny i prywatny z podobną uwagą i determinacją podchodzą (powinny podchodzić) do optymalizacji kosztów działalności, powinny stosować podobne metody racjonalizacji wydatków. Rzeczywiście, okazuje się, że stosowane w wielu firmach procedury zakupowe opierają się na podobnych technikach do tych, które są stosowane w sektorze publicznym: przetarg, aukcja, negocjacje, zapytanie ofertowe itp.

Tym niemniej, procedury stosowane w sektorze publicznym (mimo zmian upodabniających je do stosowanych w sektorze prywatnym) mają swoją specyfikę. Dwa są, jak się wydaje, tego powody. Po pierwsze, dysponenci grosza publicznego darzeni są mniejszym zaufaniem, co do prawdziwej troski o powierzone im

środki (na marginesie należy zauważyć, że argument, iż przedsiębiorcy zawsze starannie wydają własne pieniądze jest prawdziwy jedynie w mniejszych firmach; w przypadkach, gdy właściciel jest daleko, a zwłaszcza, gdy jest rozproszony pokusa traktowania pieniędzy jako nie moich, a więc niczych wydaje się być podobna, jak w sektorze publicznym). Po drugie, procedury zamówień publicznych mają realizować również inne cele (poza efektywnością wydatków i przeciwdziałaniem korupcji).



Podstawowym celem prawa zamówień publicznych jest zapewnienie wszystkim wykonawcom równego dostępu do środków publicznych.

Analizując te regulacje zwłaszcza z punktu widzenia prawa europejskiego, należy stwierdzić, że ich celem jest wdrożenie w zakresie zamówień publicznych podstawowych swobód, na których opiera się UE: swobody przepływu osób, towarów i kapitału oraz swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Prawo europejskie w zakresie zamówień publicznych istnieje przede wszystkim w tym celu, aby zagwarantować każdemu wykonawcy z każdego kraju UE swobodny dostęp do zamówień publicznych we wszystkich krajach UE. Dyrektywy¹ stanowią zbiór praw podmiotowych wykonawców gwarantujących im dostęp do zamówień.

Różnice w zakresie celów regulacji powodują znaczne zwiększenie formalizmu procedur i ograniczenie swobody zamawiających publicznych w stosunku do prywatnych. Niestety, może się to odbijać również na mniejszej efektywności wydatków, gdy konieczność przestrzegania procedur wymusza podjęcie decyzji, która nie jest najkorzystniejsza z punktu widzenia interesu zamawiającego. W przypadku, gdy zamawiającym jest podmiot publiczny finansujący zamówienie ze środków publicznych, problem ten można skwitować krótko: państwo ma prawo realizować przy okazji zamówień publicznych inne, ważne cele, nawet, jeśli w przypadku konkretnych zamówień powoduje to realny wzrost wydatków. Trudniej uzasadnić i usprawiedliwić ów brak efektywności wobec zamawiających nie dysponujących środkami publicznymi.



W sytuacji, gdy państwo przekazuje środki publiczne prywatnym podmiotom na sfinansowanie zadań, które z jakichkolwiek powodów uznaje za warte wykonania – ma prawo obwarować wydatkowanie tych środków pewnymi procedurami.

¹Przed wszystkim dyrektywy 2008/18/WE oraz 2008/17/WE.

Do końca 2009 roku z dofinansowaniem zamówienia ze środków publicznych często łączyła się konieczność ich wydatkowania w trybach określonych ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”). Dopiero nowelizacja ustawy Pzp dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie dnia 29 stycznia 2010 r., przyniosła zmianę podejścia do beneficjentów środków publicznych (w tym środków pochodzących z udżetu UE) nie będących zamawiającymi w świetle ustawy Pzp. Od tego czasu prywatni beneficjenci środków publicznych nie mogą być już zmuszani (drogą umowy o dofinansowanie lub w inny sposób) do stosowania procedur udzielenia zamówienia określonych w ustawie Pzp, i to bez względu na wysokość tych wydatków (lub otrzymanych środków). Nie oznacza to jednak, że mogą postępować w sposób dowolny. Zgodnie z art. 3 ust. 3 ustawy Pzp:



Podmioty publiczne, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Wymienione zasady są podstawowymi zasadami, na których opiera się prawo zamówień publicznych. Ich właściwe rozumienie jest kluczowe zarówno dla stosowania procedur określonych w ustawie Pzp, jak i dla właściwego zastosowania powyższego przepisu (który dla uproszczenia zwany będzie dalej „art. 3.3.”). Omówienie tych zasad znajduje się w Rozdziale 1 Podręcznika.

Implementacja zasad musi mieć miejsce na każdym etapie przygotowania i prowadzenia postępowania. Tym niemniej, w każdym postępowaniu zmierzającym do udzielenia zamówienia należy wymienić kilka elementów kluczowych. Konkretnie zalecenia co do sposobu postępowania w tych kluczowych kwestiach z punktu widzenia zasad prawa europejskiego określa również *Komunikat Wyjaśniający Komisji wydany 1 sierpnia 2006 roku dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych* (zwany dalej „Komunikatem”). Co prawda, Komunikat jest bezpośrednio skierowany do zamawiających w rozumieniu Dyrektyw, a więc i ustawy Pzp, jednak zawarte w nim normy postępowania, bazujące na orzecznictwie ETS, określają sposób postępowania w przypadku zamówień, do których nie mają zastosowania Dyrektywy, a które powinny być udzielane z zachowaniem podstawowych zasad wyrażonych w Traktacie WE. Zalecenia te omówiono w Rozdziale 2 Podręcznika.

Ustawa Pzp, ani Komunikat nie określają procedur, jakie winien stosować zamawiający przy wyborze wykonawcy w oparciu o zasady. Ponieważ wybór wykonawcy zmierza do zawarcia umowy, celowe wydaje się stosowanie sposobów zawierania umowy określonych w Kodeksie cywilnym. Dwa z tych sposobów mogą być z powodzeniem stosowane (i są wymagane od beneficjentów Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko – PO IiŚ): przetarg i aukcja. Inne programy: Program Operacyjny Kapitał Ludzki (PO KL) oraz Program Operacyjny Innowacyjna Gospodarka (PO IG) określają inne zasady. Procedury zawierania umów w drodze przetargu, aukcji i zapytania ofertowego przy przestrzeganiu zasad art. 3.3. opisano w Rozdziale 3 Podręcznika.

Należy zwrócić uwagę, że Beneficjent środków unijnych musi uwzględnić aktualne zasady wydatkowania środków obowiązujące w konkretnym programie. Zasady te różnią się między sobą oraz ewoluują. Zawarte w Podręczniku odniesienia do tych procedur należy traktować wyłącznie jako przykłady, nie wyczerpujące opisy. Należy każdorazowo analizować aktualne zasady i do nich się stosować.

1. Zasady udzielania zamówień

Zasady prawne to dyrektywy postępowania, które są zapisane, a jeszcze częścię – są wywodzone z przepisów i wyrażają wartości, które prawodawca uważa za szczególnie doniosłe i co do których chce, by były respektowane przy stosowaniu norm szczegółowych. Stwierdzenie to można odnieść również do zasad udzielania zamówień.

W przypadku stosowania procedur określonych w ustawie Pzp, w pierwszej kolejności stosować się należy do norm szczegółowych, które wprost regulują postępowanie zamawiającego, nakazując lub zakazując w określonych okolicznościach dokonania jakiejś czynności. Stosowanie zasad ma charakter pomocniczy, służy do właściwej interpretacji przepisów szczegółowych, wypełniania luk w prawie itp. W przypadku art. 3.3. szczegółowe normy ustawy Pzp nie mają zastosowania. Zasady pozostają jedyną wytyczną postępowania. Z jednej strony, jest to rzeczywiste uproszczenie, z drugiej jednak, rozumienie i stosowanie w praktyce zasad udzielania zamówień nie jest proste. Poza tym, znajomość przepisów szczegółowych ustawy Pzp stanowiących w większości implementację tych zasad, wydaje się konieczne dla prawidłowego ich stosowania. Próba interpretacji zasad określonych w art. 3.3 w oderwaniu od przepisów ustawy Pzp może prowadzić do wniosków zasadniczo niezgodnych z wypracowanymi przez doktrynę i orzecznictwo.

1.1. Równe traktowanie

Równe traktowanie jest jedną z podstawowych zasad państwa prawa. Na niej opierają się, z niej są wywodzone prawa i obowiązki osób i podmiotów przede wszystkim wobec państwa (szerzej: władzy publicznej), ale także wobec siebie nawzajem. Zasada ta została wprost wyrażona w art. 32 Konstytucji RP: wszyscy są wobec prawa równi². Rozumienie zasady równości jest utrwalone w orzecznictwie i nie budzi kontrowersji. Polega ono na tym, iż:

² Kolejne zdanie tego przepisu: Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne wprost odnosi się do relacji obywatel-władza. Jednak relacje do jakich dochodzi między zamawiającym a wykonawcami w związku z dokonywaniem zamówień nie są relacjami władzy publicznej z podmiotem, który tej władzy podlega. Choć po stronie zamawiającego występują wszystkie organy władzy publicznej, dokonując zamówień nie mają nad podmiotami zainteresowanymi uzyskaniem zamówienia żadnej władzy. Stosunki w relacji wykonawca-zamawiający nie należą do sfery prawa administracyjnego, są stosunkami cywilnoprawnymi opartymi na zasadach swobody prowadzenia działalności gospodarczej, równości stron, swobody zawierania umów. Dokonując zamówień państwo nie reprezentuje imperium, lecz dominium. Dlatego trzeba przyznać, że zdanie drugie art. 32 ust. 1 Konstytucji RP nie odnosi się do czynności związanych z dokonywaniem zamówień, niezależnie od statusu zamawiającego. Nie podważa to jednak w żaden sposób zastosowania konstytucyjnej zasady równości wobec prawa oraz zasady równego traktowania wyrażonej w prawie zamówień publicznych.



podmioty znajdujące się w takiej samej lub podobnej sytuacji należy traktować tak samo,

natomiast

podmioty znajdujące się w sytuacji odmiennej należy traktować odmiennie.

Również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE wskazuje na konieczność przestrzegania tak rozumianej zasady równego traktowania (z zastrzeżeniem, że zajmuje się on wymiarem wspólnotowym tej zasady): niedopuszczalne jest czynienie różnic między podmiotami prawnymi państw członkowskich, które znajdują się w tożsamyh sytuacjach, albo równoprawne ich traktowanie, gdy znajdują się w sytuacjach różnych, chyba, że znajduje to obiektywne uzasadnienie (R. Hochstrass v. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, C-147/79).

Zasada ta wymaga traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie. Narosło wokół tej zasady wiele nieporozumień: jeśli należy równo traktować wykonawców, to jak można stawiać przed nimi wymagania niemożliwe do spełnienia przez większość podmiotów działających na rynku lub preferować podmioty bardziej wiarygodne? Można, a nawet trzeba. W zasadzie równego traktowania chodzi o przykładanie jednej miary do każdego wykonawcy, nie o jednakową jego ocenę. Naruszeniem tej zasady jest nierozróżnianie np. wykonawców wiarygodnych, dających rękojmię właściwego wykonania zamówienia od firm nie posiadających ani niezbędnego potencjału, ani doświadczenia. Zakazane jest przecież równoprawne traktowanie podmiotów znajdujących się w różnych sytuacjach.



Przestrzeganie zasady równego traktowania polega przede wszystkim na stosowaniu wobec wszystkich wykonawców jednej miary, czyli stawianiu takich samych wymagań, takiej samej weryfikacji ich spełniania oraz konsekwencji w ich egzekwowaniu.

Przygotowując postępowanie zamawiający określa w warunkach zamówienia swoje wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia (przedmiotowe), sposobu realizacji zamówienia (kontraktowe) oraz osoby wykonawcy (podmiotowe). Zamawiający winien również określić, w jaki sposób wykonawcy powinni potwierdzić spełnianie wymagań. Po otrzymaniu ofert, zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami zamawiający weryfikuje spełnianie wymagań przez wykonawców i – stosownie do wyników tej oceny – podejmuje decyzje co do udzielenia

zamówienia. Choć zamawiający ma dużą swobodę w określeniu tych wymagań, jest jednak ograniczony zasadami udzielania zamówień publicznych. Z zasady równego traktowania wynikają dla zamawiającego następujące nakazy i zakazy.

1. W zakresie **opisu wymagań** stawianych wykonawcom



należy:

określić wymagania w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy byliby zainteresowani uzyskaniem zamówienia.



nie wolno:

różnicować przedsiębiorców z uwagi na:

- formę prawną prowadzonej działalności (np. nie wolno preferować spółek kapitałowych nad osobowe, nie wolno ograniczać możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie kilku wykonawców)
- miejsce prowadzenia działalności (np. nie wolno stawiać innych wymagań w zależności od siedziby wykonawcy, szczególnie, jeśli ma on siedzibę w jednym z krajów UE lub państw sygnatariuszy GPA, preferować lokalnych wykonawców),
- stawiać wymagań preferujących określonych wykonawców (np. żądając doświadczenia w realizacji zamówień na rzecz konkretnego zamawiającego lub określonego rodzaju zamawiających, np. służby zdrowia, szkolnictwa, wojska).

2. W zakresie **sposobu potwierdzania** spełniania wymagań



należy:

określić dla wszystkich taki sam sposób potwierdzenia spełniania wymagań, w szczególności:

- żądać od wykonawców takich samych oświadczeń i dokumentów (niezależnie od tego, czy konkretny przedsiębiorca jest znany zamawiającemu lub na rynku lokalnym, czy nie)
- uwzględnić różnice w systemach prawnych poszczególnych

krajów poprzez akceptację innych dokumentów, stanowiących lokalne odpowiedniki żądanych (dotyczy to również dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji przez osoby lub firmy)



nie wolno:

różnicować sposobu potwierdzenia wymagań (poza koniecznym uwzględnieniem różnic występujących między państwami)

3. W zakresie **weryfikacji** spełniania wymagań



należy:

poprzez porównanie złożonych przez wykonawcę informacji i dokumentów z wymaganiami rozstrzygnąć, czy (w przypadku kryteriów również: na ile) wykonawcy spełniają wymagania i – stosownie do wyników tej oceny – podjąć decyzje określone w warunkach zamówienia:

- wykluczyć wszystkich i tylko takich wykonawców, którzy nie potwierdzili spełniania warunków podmiotowych
- odrzucić wszystkie i tylko takie oferty, które nie spełniają istotnych warunków przedmiotowych i kontraktowych
- wybrać ofertę najkorzystniejszą z punktu widzenia opisanych w warunkach zamówienia kryteriów



nie wolno:

- wykluczyć z postępowania wykonawcy, który potwierdził, że spełnia warunki podmiotowe określone przez zamawiającego
- zaniechać wykluczenia, a zwłaszcza dokonać wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który nie potwierdził spełniania warunków podmiotowych
- odrzucić oferty, która jest zasadniczo zgodna z wymaganiami zamawiającego

- zaniechać odrzucenia, a zwłaszcza dokonać wyboru oferty, której treść w sposób istotny odbiega od warunków zamówienia
- dokonywać wyboru w oparciu o inne kryteria od określonych w warunkach zamówienia, nawet w sytuacji, gdy zastosowanie tych kryteriów prowadziłoby do wyboru oferty oczywiście nie najkorzystniejszej.

Tak więc, postawienie wykonawcom wysokich wymagań nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania (postawienie zbyt wysokich wymagań może naruszać zasadę uczciwej konkurencji, o czym w następnym punkcie). Naruszeniem zasady równego traktowania jest natomiast różnicowanie wymagań, sposobu ich potwierdzania, sposobu weryfikacji. Niezależnie od tego, czy takie różnicowanie przybiera formę uprzywilejowania, czy dyskryminacji – jest zakazane. Szczególnie należy unikać bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji państwowej (ze względu na siedzibę wykonawcy) podmiotów działających zgodnie z przepisami państwa członkowskiego UE.

Ponadto, z zasady równego traktowania wynika, że:



wszyscy wykonawcy muszą mieć zapewniony jednakowy, równoczesny dostęp do tych samych informacji o zamówieniu.

Równy dostęp do informacji zapewnia przede wszystkim odpowiedni poziom upublicznienia informacji o zamówieniu i warunków zamówienia. Co do zasady, wymagana jest publikacja ogłoszenia w środkach masowego przekazu (im większe zamówienie, tym szerszy powinien być zakres publikacji). Przy mniejszych zamówieniach, nie mających charakteru wspólnotowego, zamiast publicznego ogłoszenia, zamawiający może zaprosić wybranych wykonawców do udziału w postępowaniu (o zasadach doboru wykonawców w następnym punkcie). Zaproszonym należy zapewnić równy dostęp do informacji.

Szczególnego znaczenia zasada równego traktowania w zakresie dostępu do informacji nabiera w przypadku prowadzenia negocjacji z wykonawcami: wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje należy przekazywać wykonawcom na równych zasadach.

1.2. Uczciwa konkurencja

O ile w zasadzie równego traktowania chodzi o to, by wymagania były jednako-
we wobec wszystkich oferentów, to zasady uczciwej konkurencji wymagają, aby
były one również odpowiednie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ani usta-
wa Pzp, ani dyrektywy nie definiują pojęcia uczciwej konkurencji. Więcej, dyrek-
tywy nie posługują się przymiotnikiem „uczciwa”, lecz „prawdziwa”, „efektywna”,
„rzeczywista”, a najczęściej po prostu pojęciem konkurencji (bez przymiotnika).
Należy jednak, przynajmniej dla celów niniejszego Podręcznika, dokonać próby
zdefiniowania podstawowej zasady udzielania zamówień.



*Uczciwa konkurencja oznacza możliwość uzyskania zamówienia przez
wielu odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy działając
zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami mogą złożyć konkurencyjną
ofertę.*

Prowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konku-
rencji wymaga więc przestrzegania następujących reguł.

1. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wielu wykonawców

Pierwszym warunkiem uczciwej konkurencji jest istnienie konkurencji rozumianej
jako możliwość ubiegania się o zamówienie kilku wykonawców. Przyjąć należy,
że liczbą wykonawców zapewniającą konkurencję jest co najmniej trzech³, choć
kilka przepisów ustawy Pzp wskazuje na minimalną liczbę pięciu wykonawców⁴.
Pzp wymaga, aby zamawiający zaprosił do złożenia oferty (lub udziału w postę-
powaniu) tylu wykonawców, aby zapewnić konkurencję określając minimalne
ich liczby. Jak się wydaje, sformułowania ustawy oznaczają, iż nie tylko o liczbę
zaproszonych chodzi, ale i o ich cechy zapewniające konkurencję i wybór najko-
rzystniejszej oferty. Tak więc nie zawsze trzech lub pięciu, i nie każdych trzech czy
pięciu, stanowi odpowiedni „zestaw” adresatów zaproszenia. Przykładów łamania
zasady uczciwej konkurencji na etapie dostępu do postępowania można poda-
wać wiele. Jedne z nich polegają na zaproszeniu do postępowania podmiotów
niekonkurujących ze sobą (kilka sklepów mających jednego właściciela, z jednej
sieci), inne na doborze podmiotów oferujących to samo (kilku dealerów jednego

³ Komisja Europejska, „Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts”, 1997, par. 2.2.1; cyt. za Marian Lemke „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej”, Urząd Zamówień Publicznych, 1999, str. 24

⁴ Minimalna liczba wykonawców, jaką należy zaprosić lub dopuścić do udziału w postępowaniu wynosi 5 w przypadku przetargu ograniczonego i zapytania o cenę oraz pozostałych trybów (poza przetargiem nieograniczonym) o wartości objętej dyrektywami, natomiast 3 w pozostałych przypadkach.

producenta), a jeszcze inne na takim zestawieniu firm, że jedna z nich jest „skazana na sukces” (np. jedna mała lokalna firma oraz kilka bardzo dużych i odległych). Wszystkie powyższe przykłady mają jedną cechę wspólną. Zamawiający dobrał uczestników postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Teoretycznie każdy z nich mógł uzyskać zamówienie, lecz zwycięzca został wybrany przez zamawiającego jeszcze przed rozpoczęciem postępowania.

Liczba wykonawców biorących, a raczej mogących wziąć udział w postępowaniu ma decydujące znaczenie w przypadku trybów zamkniętej konkurencji, gdy prawo złożenia oferty mają wyłącznie wykonawcy dobrani przez zamawiającego. W przypadku trybów otwartej konkurencji, rozpoczynających się publikacją informacji o zamówieniu, przyjąć należy, że zaproszenie skierowane zostało do większej, zapewniającej konkurencję liczby wykonawców (niezależnie od liczby faktycznie złożonych ofert). Nie oznacza to jednak, że sama publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia stanowi gwarancję przestrzegania zasady. Publikacja ogłoszenia nie oznacza, że do złożenia oferty zaproszone są wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku. Zamawiający musi zweryfikować wiarygodność wykonawcy pod kątem możliwości należytego wykonania zamówienia. Wymagania te powinny być jednak dostosowane do przedmiotu zamówienia, nie mogą być one ani zbyt wysokie, ani zbyt niskie. Zbyt wysokie warunki prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Z kolei zbyt niskie warunki powodują, że na równych zasadach ubiegać się o zamówienie mogą i przedsiębiorcy poważni, wiarygodni, dysponujący niezbędnym potencjałem oraz doświadczeniem, i firmy zbyt małe, aby dawały rękojmię właściwego wykonania zamówienia. Zarówno zbyt wysokie, jak i zbyt niskie warunki są naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

2. Określenie wymagań gwarantujących dostęp do zamówienia tylko wykonawcom wiarygodnym

Już zasada równego traktowania wymaga nie tylko takiego samego traktowania wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji, ale zabrania takiego samego traktowania wykonawców znajdujących się w różnej sytuacji. Nie rozróżnianie wykonawców wiarygodnych od niewiarygodnych stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Utrzymywanie odpowiedniej wiarygodności wiąże się zwykle z ponoszeniem dodatkowych kosztów, co oznacza, że zmuszenie wykonawców demonstrujących tę wiarygodność do konkurowania cenowego z innymi, którzy kosztów tych nie ponoszą stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Na gruncie ustawy Pzp można wskazać kilka przepisów, których celem jest zapewnienie tak rozumianej uczciwej konkurencji. Przede wszystkim podlegają wykluczeniu:

- wykonawcy, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie,
- wykonawcy, w stosunku do których otwarto likwidację lub ogłoszono upadłość,
- wykonawcy, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,
- wykonawcy, których właścicieli, wspólników, partnerów, członków zarządu lub komplementariuszy prawomocnie skazano za przestępstwo określone w ustawie,
- podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia.
- wykonawcy, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Celem tych przepisów jest zapewnienie równego traktowania i uczciwej konkurencji między wykonawcami. Choć przepisy te nie mają wprost zastosowania do zamówień udzielanych na gruncie art. 3.3., należy pamiętać, aby - dążąc do właściwego uproszczenia postępowania w stosunku do procedur ustawowych - nie doprowadzić do ewidentnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji polegającego na zmuszeniu wykonawców wiarygodnych do konkurencji cenowej z niewiarygodnymi.

Najważniejszą barierą w dostępie wykonawców do zamówień są wspomniane wyżej warunki udziału w postępowaniu, które zostaną szerzej omówione w Rozdziale 2.3.

3. Określenie warunków zamówienia w sposób umożliwiający wykonawcom przygotowanie konkurencyjnej oferty

Aby wykonawca mógł uzyskać zamówienie, musi być w stanie przygotować ofertę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą. Wymaga to w pierwszej kolejności spełnienia wszystkich warunków określonych przez zamawiającego (w rzeczywistym przypadku oferta powinna zostać odrzucona), a następnie spełnienia w maksymalnym stopniu wymagań określonych w postaci kryteriów oceny ofert. Z drugiej strony, należy zagwarantować wykonawcom uczciwie konkurującym odrzucenie ofert, których złożenie stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji. Dlatego też:

a) opis przedmiotu zamówienia

- powinien być jednoznaczny i wyczerpujący tak, aby umożliwić wykonawcom określenie wszystkich swoich zobowiązań i ryzyka oraz odpowiedzialną kalkulację ceny i innych elementów oferty,
- nie może wskazywać na konkretne produkty lub określonych producentów, a jeśli już, to musi to być uzasadnione jest specyfiką przedmiotu zamówienia, a wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”,

b) w ramach badania ofert:

- należy odrzucić oferty nie odpowiadające wymaganiom zamawiającego, chyba, że chodzi o nieistotne błędy i omyłki, które powinny być poprawiane,
- należy odrzucić oferty z rażąco niską ceną (właściwym jest zastosowanie procedury stosowanej w oparciu o prawo UE: nie można odrzucić oferty bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy wykazania, że jego cena jest realna, w razie wątpliwości zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, wykonawca musi wykazać, że jego cena nie jest rażąco niska, w przeciwnym wypadku jego oferta podlega odrzuceniu),
- należy odrzucić oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (np. wykonawca, sam lub poprzez podmioty powiązane, składa kilka ofert w postępowaniu, zawarto porozumienie w celu wpłynięcia na wynik postępowania, jeden lub kilku wykonawców nadużywa pozycji dominującej),

c) w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty:

- należy podać wykonawcom przed złożeniem oferty kryteria oceny ofert, które, w miarę możliwości, uwzględniając specyfikę zamówienia, zapewniają obiektywizację wyboru,
- należy stosować wyłącznie kryteria podane wykonawcom przed złożeniem ofert.

Ponadto, zasada uczciwej konkurencji wymaga od zamawiającego **ochrony tajemnic handlowych** wykonawców. Każdy przedsiębiorca ubiegający się

o zamówienie jest zobowiązany do ujawnienia szeregu informacji na swój temat. Co do zasady jednak, wiele informacji powinno być przekazywanych zamawiającemu do jego wyłącznej wiadomości i tylko w celu dokonania oceny oferty. Ustawa zawiera zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o ile wykonawca zastrzegł, iż nie mogą być one udostępniane.

1.3. Przejrzystość

Niezbędnym uzupełnieniem powyższych zasad jest przejrzystość postępowania. To właśnie dzięki przejrzystości postępowania można stwierdzić, czy doszło do naruszenia zasady równego traktowania lub uczciwej konkurencji. Przejrzystość postępowania to nie tylko prowadzenie go „na oczach wykonawców”, to również przejrzyste, czyli jasne i jednoznaczne reguły gry.

Jednym z wymogów, służących realizacji zasady przejrzystości jest **jawność postępowania**, rozumiana jako dostęp wszystkich zainteresowanych, w szczególności uczestników postępowania, do związanych z nim informacji. Podstawową gwarancją jawności jest odpowiedni poziom upublicznienia informacji o zamówieniu, tak, aby potencjalni wykonawcy mogli wyrazić zainteresowanie uzyskaniem zamówienia. Poziom upublicznienia informacji o zamówieniu powinien zależeć od wartości i specyfiki zamówienia, o czym szerzej w Rozdziale 2.2.

Zamawiający powinien poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty o wyniku postępowania, czyli o tym, która oferta została uznana za najkorzystniejszą. Każdy z nich powinien również otrzymać informację o decyzji dotyczącej jego oferty (wraz z uzasadnieniem): czy został wykluczony, czy jego oferta została odrzucona, ile otrzymała punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Pozostałe informacje, których jawność zapewniają przepisy ustawy Pzp (oferty, protokół, informacje o sytuacji innych ofert, umowy) nie wydają się mieć istotnego znaczenia.

Aby jawność postępowania mogła służyć jego przejrzystości, najważniejsze czynności powinny być w jakiś sposób **utrwalone**, powinien pozostać po nich jakiś „ślad”. Dotyczy to przede wszystkim określonych przez zamawiającego warunków zamówienia, ofert oraz uzasadnienia ewentualnych decyzji o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty. Informacje te nie muszą mieć formy pisemnej, mogą być sporządzane, przekazywane (udostępniane) i przechowywane w formie elektronicznej⁵.

⁵ Należy zwrócić uwagę, że w poszczególnych projektach może być wymagane złożenie ofert w formie pisemnej, sporządzenie pisemnego protokołu i/lub zawarcie pisemnej umowy.

Zamawiający powinien wszystkie czynności podejmować z zachowaniem maksymalnej **bezzstronności i obiektywizmu**. Po pierwsze, dokonywanie czynności związanych z postępowaniem należy powierzyć osobom odpowiednio wykwalifikowanym i niezależnym. Osoby te powinny złożyć stosowne oświadczenie. Przy ocenie niezależności osób występujących po stronie zamawiającego można oprzeć się na art. 17 ustawy Pzp⁶. Po drugie, zarówno opis warunków zamówienia, jak i ocena ich spełnienia przez wykonawców powinny, w miarę możliwości, opierać się na obiektywnych cechach (czynnikach). Po trzecie, kryteria (zarówno kryteria kwalifikacji, jak i kryteria oceny ofert) powinny być maksymalnie obiektywne. Nie zawsze muszą mieć postać algorytmizowaną, lecz odstępować od stosowania kryteriów wymiernych można wyłącznie wtedy, gdy jest to uzasadnione i w zakresie, w jakim jest to uzasadnione celem postępowania: koniecznością efektywnego wydatkowania środków.

Najlepszą gwarancją przejrzystości postępowania jest **przewidywalność decyzji** zamawiającego. Zamawiający, jako kupujący (inwestor) dysponujący pieniędzmi, ma dużą swobodę w formułowaniu warunków zamówienia. Musi jednak zrobić to na etapie przygotowania postępowania. Po wydaniu warunków zamówienia, a zwłaszcza po wpłynięciu ofert, zamawiający związany jest zasadami postępowania, które sam określił. Zmiana tych zasad po otwarciu ofert stanowiłaby rażące naruszenie równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Posiadając szczegółowe informacje, wykonawcy są w stanie przygotować ofertę mającą największe szanse na uznanie jej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, a co za tym idzie, najlepiej odpowiadającą potrzebom zamawiającego. Jeśli warunki postawione wykonawcom są jednoznaczne, nie powinno się zdarzać wykluczanie wykonawców z powodu ich niespełnienia. Jeżeli wymagania dotyczące treści ofert są jednoznaczne, nie powinna budzić wątpliwości decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty. Jeśli chodzi o ocenę ofert, to przewidywalność decyzji

⁶ Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeśli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

zamawiającego zależy od przyjętej zasady oceny ofert. W przypadku kryteriów ocenianych na zasadzie porównania z wzorcem, zamieszczenie wzorca w warunkach zamówienia skutkuje całkowitą przewidywalnością oceny oferty jeszcze przed jej złożeniem. Natomiast w przypadku kryteriów ocenianych na zasadzie porównywania ze sobą złożonych ofert, ocena jest możliwa dopiero po otwarciu ofert i zestawieniu informacji w nich zawartych. Oczywiście, obie metody oceny ofert są dopuszczalne (w szczególności zasada przejrzystości nie sprzeciwia się porównywaniu ofert między sobą, mimo, że wykonawca składając ofertę nie jest w stanie przewidzieć liczby punktów, jaką otrzyma).

2. Implementacja zasad

Sposób rozumienia zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości przedstawiony w poprzednim rozdziale bazuje przede wszystkim na analizie polskich przepisów, orzecznictwa i doktryny. Dla właściwego rozumienia zasad, zwłaszcza przez beneficjentów środków UE, koniecznym jest jednak uwzględnienie perspektywy prawa europejskiego. W celu określenia konkretnych konsekwencji wywodzonych z zasad należy przywołać i omówić *Komunikat Wyjaśniający Komisji wydany 1 sierpnia 2006 roku dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych* (zwany dalej Komunikatem).

Podkreślić należy, że Komunikat jest skierowany do zamawiających podlegających przepisom dyrektyw (w konsekwencji również ustawy) i określa zasady, jakimi zamawiający powinni się kierować w przypadku zamówień nie objętych lub tylko częściowo objętych dyrektywami. Komunikat nie dotyczy zakresu podmiotowego dyrektyw, w szczególności nie dotyczy podmiotów, które nie są zamawiającymi w świetle dyrektyw. Dlatego nie można traktować Komunikatu jako źródła prawa, a zwłaszcza obowiązków zamawiającego, który nie jest objęty zakresem stosowania dyrektyw (i ustawy).

Tym niemniej, jak już stwierdzono, dla właściwego rozumienia zasad określonych w art. 3.3. koniecznym jest uwzględnienie dorobku wypracowanego na gruncie przepisów ustawy Pzp. Właściwym jest również, zwłaszcza w przypadku dysponowania środkami UE, uwzględnienie sposobu rozumienia zasad prezentowanego przez Komisję Europejską na podstawie traktatu WE oraz orzecznictwa ETS. Nawet, jeśli źródłem obowiązków zamawiającego są zasady przyznawania środków publicznych, umowa o dofinansowanie i art. 3.3. ustawy Pzp, nie Komunikat.

Z podstawowych zasad wyrażonych w traktacie WE oraz orzecznictwa ETS Komisja Europejska wywodzi wymagania, jakie powinny spełniać procedury udzielenia zamówienia, do których nie mają zastosowania przepisy dyrektyw, w szczególności procedury stosowane poniżej progów, od których powstaje obowiązek stosowania dyrektyw („progi unijne”).

Poza podstawowymi swobodami (swobodny przepływ towarów, swoboda świadczenia usług, prawo przedsiębiorczości), wśród zasad traktatowych Komunikat wymienia zasady:

- niedyskryminacji i równego traktowania,
- przejrzystości,
- proporcjonalności
- wzajemnego uznawania.

Mimo pewnych różnic w ujęciu zasad w stosunku do art. 3.3., stosowanie reguł wynikających z Komunikatu powinno być wystarczające dla zagwarantowania zgodności działań zamawiającego z zasadami, od których przestrzegania uzależnione jest przyznanie środków publicznych, zwłaszcza pochodzących z budżetu UE.

Treści zawarte w tym Rozdziale wychodzą daleko poza zalecenia Komunikatu. Z natury rzeczy Komunikat formułuje wytyczne postępowania w formie nakazów i zakazów, często nie wskazując właściwego sposobu postępowania. Dlatego uzupełniono je o wskazówki dotyczące implementacji zasad.

2.1. Opis przedmiotu

Pierwszą i najważniejszą czynnością zamawiającego w przygotowaniu postępowania jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Zarówno w interesie zamawiającego, jak i wykonawców leży, aby opis przedmiotu zamówienia był jednoznaczny i wyczerpujący (kompletny), uwzględniający wszystkie wymagania stawiane przez zamawiającego oraz wszystkie czynniki mogące mieć wpływ na cenę oferty. Tylko wtedy zamawiający ma szansę otrzymać porównywalne oferty, a wybrany wykonawca wykona lub dostarczy to, czego zamawiający oczekiwał rozpoczynając postępowanie.



Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przedmiotu zamówienia nie wolno opisywać w sposób, który mógłby bezpośrednio lub pośrednio wskazywać na produkt lub producenta, w szczególności **nie wolno**:

- wskazywać konkretnych produktów, używać nazw własnych, handlowych, numerów katalogowych, nazwy modelu,

- określać sposobu wytwarzania produktu wskazującego na konkretnego producenta,
- określać przedmiotu zamówienia przez wskazanie patentu lub znaku towarowego,
- określać przedmiotu przez taki zestaw cech (parametrów, funkcji), który jest właściwy dla określonego produktu.

Zasada ta bywa kontestowana z argumentacją, iż każdy wykonawca będący dostawcą, a nie producentem może zakupić każdy produkt w hurtowni lub od producenta, a więc wskazanie jego nazwy nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Można wskazać jednak co najmniej kilka argumentów przeciwnych, które uzasadniają tę normę. Po pierwsze, chodzi o pełną konkurencję, czyli nie tylko konkurencję cenową, ale również przedmiotową, „produktową”. Po drugie, nawet, jeśli każdy wykonawca może kupić określony produkt, prawdopodobnie nie wszyscy na takich samych warunkach, firma będąca stałym i dużym klientem otrzymuje u producenta warunki handlowe niemożliwe do uzyskania przez firmę, która po raz pierwszy wyrazi zainteresowanie (gdyż dotychczas używała produktów innego producenta, u którego posiada, oczywiście, stosowne rabaty). Wreszcie, nawet, gdyby powyższy argument nie miał zastosowania, zamawiający powinien zadać sobie ważne pytania: dlaczego miałby określać urządzenia i materiały, które będą przedmiotem zamówienia?, czy aby nie dlatego, że lubi/poważa/zna określone produkty lub producenta?, czy rzeczywiście kieruje się wyłącznie dobrze pojętym interesem zamawiającego, czy przyzwyczajeniem lub subiektywnym przekonaniem o wyższości jednej marki nad innymi? Jeśli rzeczywiście konkretny produkt jest najlepszą ofertą rynkową, powinien wygrać w uczciwej konkurencji z innymi.

Na marginesie należy zauważyć, że zakaz naruszania uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, rozumiany w sposób określony powyżej ma zastosowanie również do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane.

Wyjątkiem od powyższej zasady jest sytuacja, w której jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a wskazaniu marki, modelu itp. towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Podkreślenia wymaga fakt, że konieczne jest spełnienie obu w/w warunków, co oznacza, że dopuszczenie produktów równoważnych nie jest wystarczające do uznania, że opis jest właściwy. Należy również wykazać, że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, co należy rozumieć analogicznie do sformułowania użytego w przepisach ustawy Pzp: zamawiający nie może w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określić (cech technicznych lub funkcjonalnych).

Poprzez takie określenie przedmiotu zamówienia dopuszcza się do zastosowania wszelkie produkty nie gorsze niż wskazany. Parametry wskazanego standardu określają istotne warunki techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, funkcjonalne oraz inne cechy, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia. Wskazanie modelu lub nazwy handlowej określa klasę produktu, a nie konkretną markę lub producenta.



Opis cech charakterystycznych produktu lub usługi nie powinien odnosić się do określonego wyrobu lub źródła, szczególnych sposobów postępowania lub znaków towarowych, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba, że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i towarzyszą mu słowa „lub równoważne”.

Przedmiot zamówienia może zostać określony różnorodnie, jednak zwykle można ten opis przyporządkować do jednej z dwóch metod (ewentualną trzecią metodą jest użycie wspomnianego wyżej sformułowania: „to lub równoważne”):

1. opis techniczny, technologiczny, projektowy. Zamawiający definiuje przedmiot zamówienia poprzez opis sposobu jego realizacji: opisuje materiały, jakie mają zostać użyte, narzędzia i technologie, jakie mają zostać wykorzystane, nakład i zakres pracy jaka ma zostać wykonana.
2. opis funkcjonalny, czyli określenie efektów, jakie mają zostać osiągnięte, potrzeb jakie mają zostać zaspokojone. Ważne są rezultaty, sposób ich osiągnięcia pozostawiany jest do wyboru wykonawcy.

Opis techniczny	Opis funkcjonalny
Zamawiający zajmuje się doбором właściwych środków zaspokojenia potrzeb, co wymaga zwykle większego czasu, nakładu pracy własnej lub poniesienia kosztów zewnętrznych za zatrudnienie eksperta	Zamawiający komunikuje jedynie swoje potrzeby, cele do spełnienia, oczekiwane efekty
Wykonawca zobowiązany jest określić cenę realizacji zamówienia w sposób narzucony przez zamawiającego	Wykonawca ma dużą swobodę co do sposobu obliczenia ceny
Wykonawca zobowiązany jest realizować zamówienie zgodnie z wymaganiami technicznymi narzuconymi przez zamawiającego	Wykonawca może dobrać samodzielnie metodę realizacji zamówienia

Zamawiający zobowiązany jest nadzorować w trybie ciągłym realizację zamówienia i egzekwować narzucony przez siebie sposób wykonania	Zamawiający nie ingeruje w realizację zamówienia, a zwłaszcza w przyjęte przez wykonawcę metody
Wykonawca (w uproszczeniu) odpowiedzialny jest za działanie z należytą starannością, co do zasady nie ponosi odpowiedzialności za efekt końcowy, gdyż zależy on również od działań zamawiającego	Wykonawca odpowiada, co do zasady, za efekt, za osiągnięcie określonych celów, rezultatów

Obie metody różnią się zasadniczo, i to w wielu wymiarach:

Oba sposoby opisu przedmiotu zamówienia mogą być stosowane (a także ich „mieszanka”), choć należy wskazać, że w przypadku opisu technicznego, co do zasady nie ma miejsca na innowację. Funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia umożliwia natomiast uwzględnienie postępu technicznego, nie hamuje innowacyjności, umożliwia wybór niestandardowego rozwiązania, które w sposób optymalny spełni indywidualne potrzeby zamawiającego. 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 ofert. Dzięki temu zamawiający może otrzymać i porównać różne rozwiązania, ostatecznie wybrać to spośród nich, które w sposób optymalny, pod względem technicznym, ekonomicznym i funkcjonalnym, odpowiada jego potrzebom.

2.2. Upublicznienie

Co do zasady, zapewnienie zachowania zasady przejrzystości wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym wykonawcom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji o zamówieniu umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję. Upublicznienie zamiaru zlecenia zamówienia musi zostać dokonane z odpowiednim wyprzedzeniem, tak, aby przedsiębiorcy mogli wyrazić swoje ewentualne zainteresowanie otrzymaniem takiego zamówienia.

Sposób i zakres upublicznienia informacji o zamówieniu należy do decyzji zamawiającego a przy dokonywaniu wyboru środka upublicznienia zamówienia powinno się brać pod uwagę ocenę znaczenia zamówienia w kategoriach rynku wewnętrznego UE, w szczególności w świetle jego przedmiotu, wartości i zwyczajowych praktyk przyjętych w danym sektorze. W przypadku zamówień o charakterze wspólnotowym, należy zapewnić odpowiednią publikację ogłoszenia.



Im większe jest znaczenie danego zamówienia dla potencjalnych wykonawców z innych państw członkowskich UE, tym szerszy powinien być zakres upublicznienia.

Wychodząc od największych, mających największe znaczenie dla rynku wewnętrznego UE, zamówień i przechodząc do coraz mniejszych, odpowiednie i powszechnie stosowane środki publikacji obejmują:

1. **Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (DzUUE).** Publikacja ogłoszenia w DzUUE, konkretnie na stronie internetowej TED (Tenders Electronic Daily) nie jest, oczywiście, obowiązkowa. Jednak zamieszczenie (darmowego) ogłoszenia wśród tysięcy ogłoszeń wszystkich zamawiających z UE na stronie, która jest ciągle przeszukiwana przez tysiące wykonawców oraz firm specjalizujących się w wyszukiwaniu ogłoszeń dla wykonawców gwarantuje zwykle dotarcie z informacją do najszerszego grona potencjalnych wykonawców (choć w przypadku np. specjalistycznych zamówień, nie stanowiących przedmiotu przetargów ogłaszanych w TED najprawdopodobniej potencjalni wykonawcy nie szukają możliwości biznesowych w tym miejscu).
2. **Internet.** Ogłoszenia zamieszczane w internecie są łatwo dostępne i tanie. Mogą być wystarczającym środkiem komunikacji zarówno przy największych zamówieniach (są dostępne dla wykonawców z innych państw członkowskich UE), jak i przy niewielkich. Komunikat wskazuje dwa rodzaje miejsca zamieszczenia ogłoszenia w internecie:
 - a) **portale internetowe** stworzone specjalnie w celu zamieszczania ogłoszeń o zamówieniach, np. Biuletyn Zamówień Publicznych. Najważniejszą zaletą tego typu portali jest to, że są znane i przeszukiwane przez potencjalnych wykonawców (przy pomocy różnych filtrów, opcji wyszukiwania).
 - b) **strona internetowa zamawiającego** (lub grupy, do której należy). Wyszukiwanie ogłoszeń na tysiącach (a raczej dziesiątkach i setkach tysięcy) stron internetowych jest znacznie trudniejsze, co nie oznacza, że nie może to być wystarczający poziom upublicznienia. Ogłoszenia te powinny być przedstawione w sposób zwracający uwagę potencjalnych wykonawców.
3. **gazety i/lub czasopisma.** W zależności od wartości i przedmiotu zamówienia właściwymi środkami komunikacji mogą być krajowe dzienniki

urzędowe, krajowe dzienniki specjalizujące się w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych, gazety o zasięgu krajowym lub regionalnym lub publikacje specjalistyczne.

- 4. lokalne środki publikacji.** Podmioty zamawiające mogą wykorzystać lokalne środki publikacji takie jak lokalne gazety, biuletyny informacji miejskiej lub nawet tablice ogłoszeń. Jednakże takie środki gwarantują wyłącznie lokalną publikację, która może być odpowiednia w szczególnych przypadkach, takich jak zamówienia opiewające na niewielkie kwoty skierowane wyłącznie na rynek lokalny.

Zgodnie z Komunikatem



odstąpienie od publikacji ogłoszenia jest możliwe jedynie w sytuacjach, które uzasadniają udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w rozumieniu dyrektyw, czyli w trybach: negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki w rozumieniu ustawy.

Należy zwrócić uwagę, że wymagania obowiązujące w konkretnym projekcie mogą narzucać zasady publikacji, np. zapytanie ofertowe w PO KL i PO IG musi być zamieszczone w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej – o ile posiada stronę internetową, natomiast ogłoszenie o przetargu lub aukcji w POiIŚ – w prasie lub w Internecie oraz dodatkowo w siedzibie zamawiającego.

Treść ogłoszenia

Ogłoszenie może być ograniczone do krótkiego opisu podstawowych informacji dotyczących zamówienia, które ma być udzielone oraz sposobów jego udzielenia wraz z zaproszeniem do skontaktowania się z zamawiającym. Jeżeli jest to konieczne, może ono być uzupełnione dodatkowymi informacjami (warunkami przetargu, zapytaniem ofertowym) udostępnianymi w internecie lub też na wniosek złożony u zamawiającego. Ogłoszenie wraz z dodatkową dokumentacją powinny zawierać tyle informacji, ile racjonalnie potrzeba wykonawcy do podjęcia decyzji o wyrażeniu zainteresowania otrzymaniem zamówienia.

Ponieważ Komunikat nie precyzuje dokładnego zakresu informacji jakie powinny być przekazywane wykonawcom, można posłużyć się listą wymaganych informacji jakie są zamieszczane w ogłoszeniach o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z ustawą Pzp.

Na marginesie należy wskazać, że upublicznienie informacji o zamówieniu nie musi mieć postaci ogłoszenia uzupełnianego o dodatkową dokumentację. Może

to być np. zapytanie ofertowe czy też warunki przetargu (aukcji), które będą zawierały ww. informacje i zostaną upublicznione.

Odpowiednie terminy

Należy wyznaczać takie terminy na składanie ofert (deklaracji udziału), które pozwolą potencjalnym wykonawcom na wnikliwe zapoznanie się z wymogami ustanowionymi w ogłoszeniu (warunkach przetargu, zapytaniu ofertowym) oraz przygotowanie oferty. Co do zasady należy ustalać terminy analogiczne do określonych w ustawie, określenie terminów krótszych powinno być uzasadnione szczególnymi okolicznościami. Przy ustalaniu terminów należy zawsze brać pod uwagę liczbę i rodzaj wymaganych dokumentów podmiotowych, nakład pracy konieczny do przygotowania oferty, kalkulacji ceny itp.

2.3. Kwalifikacja wykonawców

Choć próżno szukać takiej zasady wyrażonej jednoznacznie w ustawie Pzp, należy z szeregu jej przepisów szczegółowych wywieść zasadę, że żadnego zamówienia nie powinien otrzymać wykonawca niewiarygodny, tzn. nie dający rękojmi jego należytego wykonania. Uzyskanie zamówienia przez wykonawcę nie jest zależne wyłącznie od warunków zaproponowanych w składanej przez niego ofercie (ceny, terminu realizacji zamówienia itp.), lecz uzależnione jest najpierw od wykazania przez niego, iż jest on zdolny do należytej realizacji zamówienia. Ostatecznie chodzi o realizację zamówienia na możliwie korzystnych warunkach, nie o konkurs ofert. Ponadto, jak wskazano omawiając zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, stawianie przed wykonawcami wymagań nie stoi w sprzeczności z tymi zasadami, a raczej je implementuje (zapobiega konkurencji cenowej podmiotów niepodobnych).

Ustawa określa przesłanki wykluczenia wykonawców z ubiegania się o zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu, których spełnienie warunkuje możliwość uzyskania zamówienia. Dokonując zamówienia w trybie art. 3.3 można posiłkować się zasadami badania kwalifikacji wykonawców stosowanymi na gruncie ustawy Pzp. W zależności od wartości i stopnia skomplikowania zamówienia, należy zasady te odpowiednio dostosować. Zawsze jednak opis sposobu oceny spełniania warunków:

1. Nie może naruszać **zasady równego traktowania, w szczególności:**

- a) nie może nakładać wymogów powodujących bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację wykonawców z innych państw członkowskich UE;

b) musi uwzględniać zasadę wzajemnego uznawania, tj. przypadku, jeżeli jest wymagane od wykonawców przedłożenie świadectw, dyplomów lub innych form pisemnych dowodów, to dokumenty z innych państw członkowskich UE dające równoważną gwarancję spełniania postawionych wymagań muszą być akceptowane zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji.

2. Nie może naruszać **zasady uczciwej konkurencji**, w szczególności:

a) musi być **związany z przedmiotem zamówienia**, czyli dokonywany przez przyzmat celu jakiemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia;

b) musi być **proporcjonalny**, czyli pozwalający na osiągnięcie zakładanego rezultatu (wybór wiarygodnego wykonawcy) przy zastosowaniu możliwie najmniejszych, najłagodniejszych środków, nakładów (nie może być nadmierny, nazbyt restrykcyjny, ale musi być na tyle wymagający, aby wykonawca nie dający rękojmii należytego wykonania nie mógł uzyskać zamówienia).

3. Nie może polegać na żądaniu dokumentów zbędnych (zamawiający nie jest, co prawda związany Rozporządzeniem w sprawie dokumentów⁷, jednak żądanie dokumentów zbędnych lub nadmiernych powinno być uznane za naruszenie zasady uczciwej konkurencji).

Wymagania stawiane wykonawcom mogą dotyczyć:

1. uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności;
2. wiedzy i doświadczenia;
3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;
4. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
5. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

⁷ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817)

W zależności od przedmiotu zamówienia, jego złożoności, zakresu, wymagań technicznych, wartości, itd. powyższe warunki muszą zostać skonkretyzowane przez zamawiającego poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ich spełniania. Poniżej omówione zostały zasady sporządzania opisu oceny spełniania warunków obowiązujące zamawiających.

1. Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności

Oczywistym wydaje się, że w sytuacji, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności będącej przedmiotem zamówienia, koniecznym jest żądanie wykazania się odpowiednim dokumentem koncesji, zezwolenia lub licencji.

2. Wiedza i doświadczenie

Prawdziwym zapewne jest pogląd, iż najważniejszym wymiarem wiarygodności wykonawcy jest jego doświadczenie. Jeżeli wykonawca zrealizował należycie podobne zamówienia, można przyjąć, że dysponuje zarówno niezbędnym sprzętem, jak i osobami, a także środkami finansowymi umożliwiającymi realizację zamówień (a jeśli nawet nie dysponuje, to umie zapewnić należyte wykonanie zamówienia). Dlatego warunki dotyczące doświadczenia wykonawcy stawiane są powszechnie. Weryfikacja spełnienia tego warunku dokonywana jest w oparciu o dotychczas realizowane zamówienia. Wykonanie w przeszłości wielu przedmiotowo podobnych zamówień nie daje oczywiście absolutnej gwarancji, iż przyszłe zamówienie również zostanie wykonane przez danego wykonawcę z należytą starannością (firma mogła w międzyczasie popaść w kłopoty finansowe, uzyskać zbyt dużo zamówień itp.). Z drugiej strony, oceniając wykonawców, zamawiający jest skazany na wnioskowanie co do przyszłości na podstawie danych dotyczących przeszłości.

Opis tego warunku formułowany jest najczęściej w postaci: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich ___ lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał co najmniej _____ zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością zamówieniu będącemu przedmiotem niniejszego postępowania, t.j. wykonał _____”.

Co do zasady, zamawiający powinien uwzględniać tylko zamówienia wykonywane w ostatnim okresie. Rozporządzenie w sprawie dokumentów wskazuje, że chodzi o 3 lata w przypadku dostaw i usług oraz 5 lat w przypadku robót budowlanych, lecz stosując art. 3.3 można ten okres wydłużyć – nie powinno się go jednak skracać, gdyż mogłoby to zostać uznane za naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Przy ustalaniu, jaka liczba zamówień będzie wystarczającym dowodem niezbędnego doświadczenia należy brać pod uwagę przede wszystkim stopień ich skomplikowania oraz to, czy zamówienie będące przedmiotem postępowania nie jest na tyle rzadkie, iż niemożliwym byłoby wykazanie przez wielu wykonawców określonej liczby przedmiotowo podobnych, wcześniej wykonanych zamówień. W pewnych sytuacjach wymaganie wykonania dwóch podobnych zamówień będzie zbyt wysokie, w innych żądanie wykazania się pięcioma może być całkowicie uzasadnione.

Za każdym razem używając terminu „zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością”, zamawiający powinien opisać, co rozumie pod tym sformułowaniem – charakterystykę, zakres, ilość, wartość czy też inne parametry zamówienia. Zamawiający musi mieć na uwadze, że zbyt szczegółowe doprecyzowanie terminu „rodzaj” często prowadzi do nieuzasadnionego ograniczania konkurencji. Za odpowiednie należy przyjmować zamówienia o podobnej skali przedsięwzięcia, charakterze i stopniu złożoności. W sytuacji, gdy zamówienie ma charakter pionierski, jest unikalne i nie było nigdy realizowane, zamawiający nie może wymagać doświadczenia w realizacji tego rodzaju zamówień. Powinien wtedy wskazać, że oceny spełniania warunku odnośnie wiedzy czy doświadczenia dokona na podstawie wymienionych, mających kluczowe znaczenie, elementów (części) zamówienia.

3. Potencjał techniczny

Wymagania dotyczące potencjału technicznego muszą wynikać z przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien badać wyłącznie sprzęt kluczowy, drogi lub trudno dostępny. Zamawiający nie może wymagać, aby wymagany sprzęt był własnością wykonawcy.

Opis tego warunku formułowany jest najczęściej w postaci: „Wykonawca musi wykazać dysponowanie dla realizacji zamówienia narzędziami (urządzeniami technicznymi, wyposażeniem technicznym): _____”, po czym następuje wyliczenie wymaganych jednostek wraz z ich minimalnymi parametrami.

Sporządzenie takiego opisu wymaga od zamawiającego bardzo dobrego przygotowania do przeprowadzenia postępowania. Tylko dobra znajomość metod i technologii wykonania zamówienia pozwala na jednoznaczne określenie wymaganego potencjału technicznego, gdyż określenie przez zamawiającego tego potencjału wiązać się musi z wcześniej ustalonym przez niego sposobem realizacji zamówienia.

W sytuacji, gdy zamawiający nie narzuca sposobu realizacji zamówienia, powinien

opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dotyczący potencjału technicznego sformułować w odmienny sposób, np.: Wykonawca musi wykazać dysponowanie dla realizacji zamówienia narzędziami (urządzeniami technicznymi, wyposażeniem technicznym) niezbędnym 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.

4. Potencjał kadrowy

Stawianie wykonawcy przystępującemu do udziału w postępowaniu warunku w zakresie potencjału kadrowego 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.

Najczęściej spotykanym opisem warunku jest sformułowanie: „Wykonawca musi wykazać dysponowanie dla realizacji zamówienia _____ osobami o następujących kwalifikacjach: _____”, po czym następuje określenie stanowisk oraz wymagań dotyczących osób przewidzianych na te stanowiska np. minimalnego wykształcenia, doświadczenia, uprawnień itp.

Co do zasady, Rozporządzenie w sprawie dokumentów nie dopuszcza żądania, aby wskazywane osoby były pracownikami wykonawcy. Potencjalni wykonawcy często nie posiadają wśród swoich pracowników odpowiednich kandydatów i posługują się osobami trzecimi, z których pomocą będą wykonywać zamówienie. Wydaje się, że również dokonując zamówień w trybie art. 3.3 należy uwzględnić powyższą zasadę.

5. Sytuacja ekonomiczna i finansowa

Zamawiający nie ma powodu dokonywać kompleksowej analizy wiarygodności ekonomicznej i finansowej przeszłego wykonawcy. Celem oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej jest upewnienie się, że w razie uzyskania zamówienia, podmiot ten będzie dysponował potencjałem niezbędnym do jego realizacji.

Zamawiający powinien najpierw rozstrzygnąć, czy – tak, jak w innych obszarach wiarygodności – stawianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej jest w ogóle potrzebne.

Najczęściej stawianymi warunkami w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej są:

a) przychód

„Wykonawca musi wykazać (średni) roczny przychód za ostatni rok (ostatnie trzy lata) obrotowy(e) w wysokości co najmniej _____.”

Wymagana kwota powinna być pochodną wielkości zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz czasu jego realizacji. Powszechnie stosuje się wzór:

$(\text{wartość zamówienia} / \text{czas realizacji w miesiącach}) * 12 * W,$

gdzie „W” oznacza „współczynnik zaangażowania”, który powinien, w zależności od wielkości zamówienia i ryzyka związanego z jego realizacją wynosić od 2 do 4.

b) dostęp do środków

„Wykonawca musi wykazać dostęp do środków finansowych w wysokości _____.”

Wysokość środków finansowych winna być dostosowana do wielkości koniecznych do zainwestowania przez wykonawcę funduszy w pierwszym i ewentualnie w kolejnych etapach realizacji zamówienia. Zakładając równomierny rozkład kosztów, można wyliczyć tę wartość ze wzoru:

$(\text{wartość zamówienia} / \text{czas realizacji w miesiącach}) * M,$

gdzie „M” oznacza liczbę miesięcy, po których wykonawca otrzyma płatność (częściową).

Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zaliczki, warunek dysponowania środkami staje się zbędny (zamówienie jest finansowane ze środków zamawiającego).

c) ubezpieczenie

„Wykonawca musi wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności

cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę _____”

Jaką kwotą ubezpieczenia powinni się legitymować wykonawcy? Podchodząc do tego teoretycznie: kwota ta nie powinna mieć większego związku z wielkością, lecz z przychodem firmy (a więc dla każdego wykonawcy powinna to być inna kwota), a właściwie z wielkością potencjalnych szkód, które wykonawca może wyrządzić innym i strat, które może ponieść w związku z dowolnym rodzajem prowadzonej przez siebie działalności. Tej wielkości zamawiający z całą pewnością nie jest w stanie oszacować. Dlatego w praktyce dobiera się raczej kwotę do standardów panujących wśród wykonawców określonej wielkości.

Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków (dokumenty podmiotowe)

Weryfikacja spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zwana również kwalifikacją wykonawców, odbywa się na podstawie dokumentów składanych przez wykonawców. Wykonawcy winni złożyć dokumenty niezbędne do potwierdzenia spełniania warunków i wymagane przez zamawiającego.

Dokonując zamówienia w trybie art. 3.3 zamawiający nie jest związany Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, jednak zawsze powinien żądać wyłącznie dokumentów niezbędnych do potwierdzenia uzasadnionych warunków udziału w postępowaniu.

Przy mniejszych zamówieniach zamawiający może poprzestać na oświadczeniu wykonawcy, że spełnia on postawione warunki i nie żądać dokumentów podmiotowych.

Kryteria kwalifikacji i kryteria oceny ofert

Zamawiający może przeprowadzić tzw. wstępną kwalifikację wykonawców w celu ograniczenia liczby wykonawców składających oferty. Wstępna kwalifikacja oznacza, że etap oceny wiarygodności wykonawców poprzedza etap składania ofert. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają deklaracje udziału (wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wraz z dokumentami podmiotowymi. Na podstawie tych dokumentów zamawiający kwalifikuje wykonawców na tzw. krótką listę. Tylko zakwalifikowani wykonawcy otrzymują zaproszenie do złożenia oferty i mogą ubiegać się o zamówienie.

Celem wstępnej kwalifikacji jest nie tylko rozdzielenie oceny wiarygodności wykonawcy od oceny jego oferty (co zaoszczędza wykonawcom nie mającym

możliwości uzyskania zamówienia kosztów sporządzenia oferty), ale również ograniczenie liczby wykonawców (również w celu ułatwienia zamawiającemu badania i oceny określonej liczby ofert). Dlatego zamawiający powinien w ogłoszeniu o zamówieniu określić maksymalną liczbę wykonawców, jaką zaprosi do składania ofert. Liczba ta musi zapewniać konkurencję.

Kwalifikacja wykonawców w trakcie wstępnej kwalifikacji powinna odbywać się dwuetapowo:

1. Najpierw następuje ocena spełniania warunków udziału określonych w posób „zero-jedynkowy” – jeżeli wykonawców spełniających warunki jest tyłu, ilu ma być zakwalifikowanych lub mniej, nie przeprowadza się drugiego etapu badania i wszyscy spełniający warunki minimalne zostają zaproszeni do złożenia oferty;
2. W przypadku, gdy warunki spełnia większa liczba wykonawców, niż podana w ogłoszeniu, zamawiający musi wybrać najlepszych z nich (tyłu, ilu powinno być zaproszonych), do wyboru najlepszych wykonawców stosuje się tzw. kryteria kwalifikacji, które pozwalają na skali ocenić stopień, poziom przewyższania warunków minimalnych. Opis kryteriów kwalifikacji musi być zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji dodatkowej (np. warunkach przetargu, zapytaniu ofertowym).

Ocena wiarygodności wykonawców na skali (jako kryteria, a nie warunki) może zostać również dokonana na etapie oceny ofert, jako kryterium lub kryteria oceny ofert, co zostanie szerzej omówione w następnym punkcie.

2.4. Wybór oferty najkorzystniejszej

Stawianie wymagań wykonawcom odbywa się za pomocą dwóch podstawowych narzędzi. Pierwszym z nich jest określenie wymagań za pomocą warunków, których spełnienia zamawiający bezwzględnie wymaga. Ocena spełniania warunków odbywa się metodą zero-jedynkową (spełnia – nie spełnia). Drugim jest określenie wymagań za pomocą kryteriów oceny ofert, które służą do stwierdzenia w jakim stopniu wymóg jest spełniony. Przy pomocy kryteriów oceny ofert zamawiający komunikuje wykonawcom swoje preferencje. Zadaniem zaś wykonawców jest złożenie oferty mającej największe szanse na wybór, a więc w maksymalnym stopniu odpowiadającej na potrzeby zamawiającego.

Z ekonomicznego punktu widzenia wybór oferty może następować według jednej z następujących zasad:

- minimalizacja kosztów - wybór oferty następuje wyłącznie w oparciu o kryterium kosztów. Strategia ta wymaga, aby wszystkie pozostałe wymagania zostały precyzyjnie określone w postaci warunków.
- bilans kosztów i jakości –w uproszczeniu można powiedzieć, że zamawiający życzy sobie najwyższą jakość za najniższą cenę. Kluczowym zadaniem jest właściwy dobór kryteriów i ich wag.
- najwyższa jakość w ramach określonego budżetu - przy wyborze oferty nie bierze się pod uwagę kryteriów kosztowych, co nie oznacza braku zainteresowania kosztami. Zamawiający oczekuje w takim przypadku możliwie najwyższej jakości, funkcjonalności, efektu, zakresu prac jakie da się osiągnąć (wykonać) w ramach narzuconej kwoty.

Podstawowe zasady odnoszące się do kryteriów oceny ofert są następujące:

1. **poszanowanie równego traktowania i uczciwej konkurencji.**

Kryteria oceny ofert nie mogą naruszać zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Nie mogą w sposób nieuzasadniony uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców. Jako przykłady naruszenia zasad można wskazać:

- różnicowanie wykonawców ze względu na siedzibę lub miejsce prowadzenia działalności, również poprzez ocenę np. „terminu dostawy od momentu zgłoszenia zapotrzebowania” poniżej uzasadnionego minimum kilku dni lub „czasu reakcji na zgłoszenie usterki” poniżej kilku godzin,
- ocenę terminu realizacji zamówienia na dostawy (rozumianej jako wyprodukowanie i dostarczenie) poniżej uzasadnionego minimum, co może uprzywilejowywać wykonawcę posiadającego przedmiot zamówienia w magazynie w sytuacji, gdy reszta musi przedmiot wyprodukować/zamówić, co standardowo trwa pewien okres czasu,
- ocenę obiektywnie nieistotnych parametrów/funkcji, co w sposób nieuzasadniony preferuje określone urządzenie/produkty.

2. **obowiązek ujawnienia kryteriów.** Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest poinformowanie wykonawców o wszystkich

kryteriach, jakimi będzie się on kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia poszczególnych kryteriów. Dodatkowo należy zamieścić opis kryteriów, czyli opis sposobu oceny ofert. Opis kryterium winien być maksymalnie szczegółowy, jednoznaczny i pełny, co nie oznacza, że wszystkie kryteria muszą zostać zalgorytmizowane, tzn. podane w postaci mniej czy bardziej rozbudowanych wzorów matematycznych. Jednak zamawiający winien odchodzić od algorytmizacji kryteriów, gdy inaczej nie można zapewnić wyboru najkorzystniejszej oferty. W takiej sytuacji kryteria powinny być dookreślone np. poprzez wskazanie podkryteriów, których ocena będzie składała się na łączną ocenę w ramach danego kryterium.

3. **zakaz zmiany kryteriów.** Kryteria oceny ofert nie mogą ulec zmianie po upływie terminu składania ofert. Należy pamiętać, że podane do wiadomości uczestników postępowania kryteria są jedynymi, na podstawie których dokonany może być wybór najkorzystniejszej oferty.

Ze względu na przedmiot oceny można wyodrębnić następujące rodzaje kryteriów:

- kosztowe, cenowe, przy czym zasadą winno być ocenianie w ramach kryterium cenowego tzw. kosztu ciągnionego, całkowitego kosztu posiadania, zwanego również kosztem cyklu życia (LCC – Life Cycle Cost) uwzględniającego całkowite koszty dotyczące zakupu, użycia i likwidacji produktu,
- przedmiotowe, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, tego, co zostanie wykonane w ramach umowy: jakość, parametry techniczne, funkcjonalność i estetyka, użyte materiały, zastosowane technologie, trwałość, wpływ na środowisko, koncepcja i metoda realizacji zamówienia,
- kontraktowe, umowne odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia, nie mające znaczenia po odbiorze przedmiotu umowy: termin realizacji, harmonogram, warunki gwarancji i serwisu,
- podmiotowe, odnoszące się do właściwości wykonawcy (doświadczenie, potencjał kadrowy, techniczny, ekonomiczny).

Dobór kryteriów powinien zawsze być dostosowany do przedmiotu i warunków realizacji zamówienia.

Jako przykład kryteriów dotyczących oceny technicznej można przywołać kryteria opracowane na zlecenie MRR⁸.

„1. Sposób realizacji zamówienia:

- a) analiza zamówienia ze wskazaniem problemów i zagrożeń związanych z jego realizacją, propozycje rozwiązań problemów,
- b) adekwatność sposobu realizacji zamówienia do jego przedmiotu,
- c) zastosowanie najnowocześniejszych dostępnych technik i technologii,
- d) ograniczenie zakłóceń w działalności zamawiającego (utrudnień w ruchu).

2. Długość okresu gwarancji jakości.

3. Harmonogram realizacji zamówienia:

- a) kompletność i szczegółowość wynikająca z wykresu Gantta,
- b) zastosowane środki/procedury celem dotrzymania harmonogramu,
- c) spójność rozplanowania poszczególnych części składowych zamówienia w czasie z zaproponowanym sposobem realizacji przedmiotu zamówienia.”

Jeśli chodzi o zasady oceny ofert, można wyróżnić dwie: porównywanie ofert ze sobą oraz porównywanie ofert z wzorcem.

Przy porównywaniu ofert ze sobą jedynym punktem odniesienia są oferty złożone w danym postępowaniu. Teoretycznie porównanie ofert ze sobą może się odbywać według następujących zasad:

- porównanie z najkorzystniejszą. Najczęściej chyba stosowany sposób oceny ofert. Spośród złożonych ofert, wybiera się najkorzystniejszą z punktu widzenia danego kryterium i tej ofercie przyznaje się maksymalną liczbę punktów możliwych do uzyskania. Pozostałym ofertom

⁸ Źródło: „Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne” opracowane na zlecenie MRR, zatwierdzone przez UZP, dostępne na stronach internetowych, m. in. http://www.pois.gov.pl/AnalizyRaportyPodsumowania/Documents/20100720_Kryteria_wyboru_ofert_pozacenowe.pdf

przyznawanych jest odpowiednio mniej punktów.

- porównywanie z najgorszą. Ofercie najgorszej spośród złożonych przyznaje się minimalną liczbę punktów, a pozostałym odpowiednio więcej.
- porównywanie z najlepszą i najgorszą. Oferta najlepsza otrzymuje maksymalną liczbę punktów, najgorsza minimalną, a pozostałe oferty sytuuje się odpowiednio na skali pomiędzy tymi dwoma.
- rozdzielenie określonej liczby punktów. Ocenie podlegają wzajemne relacje między złożonymi ofertami, przy czym przyznawanie punktów polega na rozdzieleniu określonej liczby punktów między oferty, tak, aby odzwierciedlały one rzeczywiste różnice między ofertami.

Porównywanie ofert ze sobą opiera się na założeniu, że złożone oferty odzwierciedlają rzeczywiste możliwości wykonania zamówienia. Maksymalną ilość punktów otrzymują oferty najlepsze ze złożonych, bez względu na to, czy są one rzeczywiście najkorzystniejsze spośród możliwych do uzyskania, np. oferta najtańsza spośród kilku bardzo drogiej.

W przypadku porównywania ofert z wzorcem ocena ofert wymaga przygotowania przez zamawiającego wzorca oceny. Wzorec ten powinien być udostępniony wykonawcom przed złożeniem ofert. Przykładem wzorca może być stwierdzenie „za skrócenie terminu realizacji zamówienia poniżej wymaganego wykonawca uzyska X punktów za każdy dzień, nie więcej jednak, niż Y”. Ocena ofert w oparciu o wzorec nie zależy od ilości ani jakości złożonych ofert.

3. Procedury

Ani przepisy art. 3.3. ustawy Pzp, ani Komunikatu nie precyzują sposobu (trybu) postępowania, jaki należy przyjąć w celu uczynienia zadość zasadom. Zamawiający zobowiązany do wydatkowania środków przy zastosowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości musi więc sam określić sposób postępowania, byleby omówione wcześniej wymagania wynikające z zasad zostały zachowane.

Procedur postępowania czyniących zadość wymaganiom wynikającym z zasad można zapewne zaprojektować wiele. Należy jednak, jak się wydaje, przyjąć następujące założenia:

- nie można wskazać jednego właściwego sposobu postępowania (co nie powinno dziwić, skoro ustawa Pzp określa osiem trybów udzielania zamówień), lecz założyć, że w zależności od wielkości, stopnia skomplikowania zamówienia oraz okoliczności zewnętrznych różne procedury najlepiej będą implementować zasady,
- należy przestrzegać zasad obowiązujących w poszczególnych programach operacyjnych, w ramach których beneficjent uzyskuje dofinansowanie, przykładowo zasady obowiązujące obecnie w PO IiŚ wymagają zorganizowania przetargu lub aukcji zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, zasady obowiązujące w PO KL oraz PO IG – zapytania ofertowego skierowanego do trzech wykonawców oraz opublikowanego na stronie internetowej zamawiającego oraz w jego siedzibie,
- procedury mogą przyjąć postać stałego regulaminu (zwłaszcza, gdy zamawiający wielokrotnie zamierza udzielać zamówień w trybie art. 3.3.) dostępnego np. w internecie lub warunków przetargu określanych dla konkretnego postępowania.

Zważywszy powyższe, należy omówić trzy procedury czyniące zadość zasadom równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości: przetarg i aukcję wymagane w PO IiŚ oraz procedurę wyboru wykonawcy na zasadzie konkurencyjności obowiązującą w programach PO KL i PO IG.

3.1. Przetarg

Kodeks cywilny reguluje zasady prowadzenia aukcji (zwanej wcześniej przetar-

giem ustnym) i **przetargu** (wcześniej zwanego przetargiem pisemnym) w rzyku-
łach 70¹ do 70⁵. Są to (obok oferty i negocjacji) sposoby zawierania umów.

Przetarg inicjuje organizator przetargu (zamawiający) poprzez **ogłoszenie o rze-
targu**. Kodeks nie wymaga żadnej szczególnej formy ogłoszenia. Ogłoszenie może
zatem nastąpić w dowolny sposób dostatecznie ujawniający wolę organizatora
co do wszczęcia procedury zawarcia umowy. W zależności od rodzaju przetargu,
ogłoszenie może być skierowane do wszystkich chętnych (przetarg otwarty), do
podmiotów określonego rodzaju, typu, właściwości (przetarg ograniczony) lub
zamkniętego kręgu podmiotów wybranych i zapraszanych przez zamawiającego
(przetarg zamknięty)⁹. Choć więc w większości przypadków ogłoszenie należy
rozumieć jako ogłoszenie publiczne, zamieszczone w środkach masowego prze-
kazu, i skierowane do nieoznaczonego grona oferentów (wykonawców), zadość
przepisom Kc czyni również skierowanie zaproszenia do określonego, ograniczo-
nego kręgu potencjalnych wykonawców. Mając na względzie wymagania doty-
czące upublicznienia informacji, przetarg zamknięty może być stosowany wyłącz-
nie w przypadku zamówień nie mających charakteru wspólnotowego.

Ogłoszenie powinno określać czas, miejsce, przedmiot oraz warunki przetargu,
albo wskazać sposób udostępnienia tych warunków. **Czas przetargu** należy ro-
zumieć przede wszystkim jako termin składania ofert (wniosków, ofert wstęp-
nych), choć na marginesie, należy zalecać określenie również terminu związania
ofertą, czyli terminu, w którym zamawiający zobowiązuje się do zawarcia umowy
z wybranym wykonawcą. **Miejsce** złożenia oferty powinno być zidentyfikowane
możliwie jednoznacznie.

Pojęciem **przedmiot i warunki przetargu** ustawodawca objął wszystkie inne wy-
magania, jakie zamawiający może postawić uczestnikom postępowania (odpo-
wiednik specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonej w Pzp). Warunki
przetargu mogą być:

- udostępniane łącznie z ogłoszeniem (jako jego część, załącznik, ewen-
tualnie odrębny dokument np. dostępny w Internecie w miejscu wska-
zanym w ogłoszeniu) albo
- mogą być wydawane wykonawcom na ich wniosek (składany przez
tych, którzy na podstawie ogłoszenia podjęli decyzję o wzięciu udzia-
łu w postępowaniu). W tym drugim przypadku ważne jest, aby zamie-
ścić w treści ogłoszenia tyle informacji, ile jest racjonalnie potrzebne

⁹ prof. dr hab. Zbigniew Radwański w „Aukcja i przetarg po nowelizacji Kodeksu cywilnego”, Monitor Prawniczy
4/2008, a także dr Jarosław Grykiel, dr Marcin Lemkowski „Czynności prawne. Art. 56-81 KC. Komentarz”, C.H.Beck,
2010

wykonawcy w celu podjęcia decyzji o udziale w przetargu (zwłaszcza, gdyby udostępnianie warunków przetargu było utrudnione: do wglądu w odległej siedzibie zamawiającego po uprzednim umówieniu się z długim wyprzedzeniem, odpłatnie itp.).

Upublicznienie ogłoszenia (poprzez jego publikację lub przekazanie wybranym wykonawcom) **wiąże zamawiającego** warunkami przetargu. Co do zasady, warunki te powinny pozostać niezmiennie. Wyjątkiem, który warto przewidzieć w warunkach przetargu, powinna być możliwość ich zmiany przez zamawiającego przed terminem przetargu (samodzielnie lub na wniosek wykonawcy). O każdej zmianie warunków przetargu należy, oczywiście, poinformować wykonawców w sposób umożliwiający im zapoznanie się z nią przed złożeniem oferty. Istotna zmiana warunków przetargu powinna skutkować przedłużeniem terminu składania ofert w celu umożliwienia wykonawcom uwzględnienia zmiany w przygotowywanych ofertach.

Przepisy Kc przewidują, że w odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu wykonawcy składają oferty. Jest to najprostsza procedura przetargowa, analogiczna do przetargu nieograniczonego w ustawie Pzp. Postępowanie przetargowe może zostać jednak na wiele sposobów rozwinięte poprzez dodanie pośrednich – po ogłoszeniu a przed złożeniem ofert – etapów:

1. **przetarg ograniczony**, w którym (tak, jak to przewiduje ustawa Pzp) w odpowiedzi na ogłoszenie wykonawcy składają najpierw deklaracje udziału (wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu), w których wykazują posiadanie wymaganych kwalifikacji. Zamawiający kwalifikuje do udziału odpowiednią, zapewniającą konkurencję liczbę wykonawców w oparciu o kryteria określone w ogłoszeniu. Zaproszenie do złożenia oferty wraz z warunkami przetargu otrzymują wyłącznie wykonawcy zakwalifikowani i tylko oni mogą złożyć oferty.
2. **przetarg dwustopniowy**, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie wykonawcy składają oferty wstępne, które są oceniane w oparciu o kryteria określone w ogłoszeniu. Do złożenia oferty zapraszana jest zapewniająca konkurencję liczba wykonawców, który złożyli najlepsze oferty wstępne.
3. **przetarg z negocjacjami**, w którym po etapie kwalifikacji wykonawców (jak w przetargu ograniczonym) lub po złożeniu ofert wstępnych (jak w przetargu dwustopniowym) zamawiający prowadzi z wykonawcami negocjacje celem uściślenia warunków zamówienia.

Po ostatecznym określeniu warunków zamówienia zamawiający przekazuje je wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia ofert.

Niezależnie od istnienia lub nie etapów pośrednich, istotą przetargu jest możliwość złożenia konkurencyjnych ofert przez wielu wykonawców.

Składając oferty wykonawcy akceptują warunki przetargu i stają się nimi związani. Następuje to z mocy prawa (art. 70¹ § 4 Kc). Ponieważ Kc nie określa terminu związania ofertą, ważne jest jego określenie w warunkach przetargu. Potwierdzeniem związania ofertą może być **wadium**. Zamawiający nie musi, lecz może żądać wadium. Informacje na ten temat powinny znaleźć się w ogłoszeniu, a najpóźniej w warunkach przetargu. Wniesienie wadium może polegać na wpłaceniu określonej sumy lub ustanowieniu odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty tej sumy. Wydaje się, że należy stosować rozwiązania zaczerpnięte z ustawy Pzp, czyli dopuścić wniesienie wadium w następujących formach (do wyboru wykonawcy):

- pieniądź (wpłata na konto, przelew, a w przypadku mniejszych kwot również gotówka),
- gwarancje i poręczenia bankowe,
- poręczenia SKOK,
- gwarancje ubezpieczeniowe.

W trakcie badania i oceny ofert może się okazać, że oferta nie odpowiada w pełni warunkom przetargu. W takiej sytuacji decydujący będzie charakter tej niezgodności. Kodeksowe zasady pozwalają na przyjęcie oferty z zastrzeżeniem zmian lub uzupełnień nie zmieniających istotnie treści oferty (podobną regulację zawiera ustawa Pzp, z tym, że zamawiający poprawia błąd, a wykonawca może poprawce się sprzeciwić, co powoduje odrzucenie oferty, ale bez utraty wadium). Niezależnie od sposobu postępowania, należy założyć, że oferty mogą zawierać błędy, lecz **nieistotne błędy** nie powinny stanowić przesłanek odrzucenia oferty.

Wybór najkorzystniejszej oferty powinien nastąpić w oparciu o kryteria określone w warunkach przetargu. Przetarg może również zostać **zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert**. Może to nastąpić np. w sytuacji, gdy żadna oferta nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego. W przeciwieństwie do ustawy Pzp, Kc nie określa przesłanek unieważnienia (zamknięcia) przetargu. Tym niemniej, wydaje się, że zamawiający nie powinien zastrzegać sobie prawa unieważnienia przetargu bez jakiegokolwiek uzasadnienia, bez podania przyczyn. Ewentualne przesłanki zamknięcia przetargu bez wyboru oferty powinny być określone

w warunkach przetargu. Nie muszą być one tak precyzyjne i tak restrykcyjne, jak to formułuje ustawa Pzp, jednak zasady uczciwości kupieckiej nakazują uwzględnić podjęte przez wykonawców w dobrej wierze wysiłki w celu przygotowania konkurencyjnej oferty i nie zamykanie przetargu bez uzasadnionej przyczyny. Na takie postępowanie pośrednio wskazuje art. 704 § 2 zdanie czwarte Kc: Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyła się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody. Skoro uchylenie się przez zamawiającego od zawarcia umowy po wyborze oferty obciążone jest dotkliwą sankcją zapłaty podwójnego wadium (dość wspomnieć brak tego typu sankcji w ustawie Pzp), niekonsekwencją byłoby uprawnienie zamawiającego do unieważnienia przetargu przed dokonaniem wyboru bez podania przyczyn. Ustawa Pzp przewiduje w tym zakresie rozsądne rozwiązanie: 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.

O **wyborze najkorzystniejszej oferty** (podobnie, jak o zamknięciu przetargu bez wyboru oferty) należy niezwłocznie powiadomić na piśmie uczestników przetargu. Choć kodeks milczy na ten temat, wydaje się, że krótkie choćby uzasadnienie wyboru (zamknięcia) wykonawcom się należy.

W świetle przepisów KC, co do zasady, do **zawarcia umowy** dochodzi w momencie poinformowania wykonawcy o przyjęciu jego oferty, a oferty pozostałych wykonawców przestają ich wiązać w momencie otrzymania informacji o wyborze innej oferty. Zamawiający może jednak uregulować tę kwestię inaczej. Jak wiadomo, w świetle ustawy Pzp informacja o wyborze oferty jest czynnością odrębną wobec zawarcia umowy. Odrębność ta podyktowana jest koniecznością zapewnienia wykonawcom skutecznej ochrony w postaci czasu na ewentualne wniesienie odwołania od decyzji zamawiającego. Brak sformalizowanej procedury odwoławczej nie musi jednak oznaczać konieczności zawarcia umowy przez przyjęcie oferty. Zawarcie umowy, jako odrębnej czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na mocy informacji o wyborze może być uzależnione od różnego rodzaju okoliczności lub czynności, które strony powinny podjąć przed zawarciem umowy.

W przypadku, gdy zawarcie umowy wymaga podjęcia przez wykonawcę czynności (choćby złożenia podpisu pod dokumentem umowy) a wykonawca, którego oferta została wybrana uchyła się od zawarcia umowy wniesione przez niego wadium ulega przepadkowi na rzecz zamawiającego. Zgodnie z regulacją kodeksową, pozostałe oferty nie są już wiążące a wadia zostały zwrócone. Trudno w takiej

sytuacji byłoby zawrzeć umowę z kolejnym wykonawcą. Dlatego wydaje się celowe inne uregulowanie (w warunkach przetargu) kwestii związania ofertą (zwłaszcza, gdy przyjęcie oferty nie jest tożsame z zawarciem umowy). W szczególności, warto rozciągnąć termin związania ofertą do momentu zawarcia umowy z wyłonionym wykonawcą.

Kodeks zapewnia ochronę praw wykonawców startujących w przetargu przyznając im uprawnienie żądania **unieważnienia zawartej umowy**. Uprawnienie to przysługuje nie tylko wykonawcom, którzy przetarg przegrali, ale również stronom umowy, w szczególności zamawiającemu (co może mieć miejsce, gdy dowie się on o zмовie wykonawców). Uprawnienie do unieważnienia umowy przysługuje, jeżeli jej strona, inny uczestnik postępowania aukcyjnego albo przetargowego lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik tych postępowań w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Sprzeczność z prawem oznacza niezgodność postępowania z jakąkolwiek normą bezwzględnie wiążącą (*ius cogens*). Natomiast „dobre obyczaje” (podobnie, jak „zasady współżycia społecznego”) odnoszą się do norm moralnych, uczciwości kupieckiej, uczciwej konkurencji itp. Naruszeniem dobrych obyczajów jest zarówno zмова wykonawców, jak i zмова zamawiającego z wykonawcą. Pojęcie wykonawcy należałoby w tym przypadku rozciągnąć na jego przedstawicieli, podmioty powiązane, podmioty, na których rzecz działał. Podmiot uprawniony może zwrócić się do sądu o wydanie orzeczenia stwierdzającego nieważność umowy. Wydany na tej podstawie wyrok ma więc postać orzeczenia konstytucyjnego działającego z mocą wsteczną (*ex tunc*), to znaczy od chwili zawarcia unieważnionej umowy. Taki stan niepewności zawsze jest szkodliwy dla obrotu gospodarczego. Dlatego wspomniane uprawnienie wygasa już z upływem miesiąca od dowiedzenia się o przyczynie nieważności umowy – najpóźniej jednak z upływem roku od dnia zawarcia umowy.

3.2. Aukcja

Aukcja jest trybem licytacyjnym, w którym wybór oferty następuje w wyniku składania przez wykonawców kolejnych, coraz korzystniejszych dla zamawiającego ofert (postąpień). W przeszłości najczęściej proces odbywał się w jednym pomieszczeniu, w którym kolejne oferty składane były ustnie (stąd poprzednia nazwa trybu: przetarg ustny). Obecnie coraz częściej procedura odbywa się przy zastosowaniu narzędzi informatycznych: składanie ofert odbywa się poprzez połączenie z internetem, gdzie wykonawca może również uzyskać informacje o pozycji jego oferty i koniecznej wielkości postąpienia w celu przebiccia innych licytantów.

Wiele przepisów Kc omówionych powyżej dotyczących przetargu odnosi się również do aukcji:

- zasady publikacji ogłoszenia i zawartość ogłoszenia,
- konieczność udostępnienia warunków aukcji i ich wiążący charakter,
- wadium,
- przesłanki unieważnienia umowy.

Również istnienie ewentualnych etapów pośrednich między ogłoszeniem aukcji a procedurą składania ofert należy uznać za dopuszczalne w świetle swobody kontraktowania i rozważyć analogicznie do przetargu:

1. **aukcja ograniczona**, w której (analogicznie do trybu licytacji elektronicznej w ustawie Pzp), w odpowiedzi na ogłoszenie wykonawcy składają deklaracje udziału, zamawiający kwalifikuje do udziału zapewniającą konkurencję liczbę wykonawców (ustawa Pzp wymaga zakwalifikowania wszystkich spełniających wymagania zamawiającego) i zaprasza ich do udziału w aukcji. Składać oferty mogą wyłącznie wykonawcy, którzy otrzymali zaproszenie wraz z warunkami aukcji.
2. **aukcja w przetargu dwuetapowym** rozumiana jako „dogrywka” następująca po złożeniu ofert pisemnych i dająca wykonawcom dodatkową szansę uzyskania zamówienia poprzez zaoferowanie zamawiającemu warunków korzystniejszych od swojej oferty pisemnej oraz od oferowanych przez innych wykonawców (tak jest zdefiniowana aukcja w ustawie Pzp).

Podstawową różnicą między aukcją a przetargiem jest sposób składania ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy. Różnice te należy uwzględnić formułując **warunki aukcji**, które, poza informacjami analogicznymi do warunków przetargu, powinny zawierać informacje specyficzne dla tego trybu:

- kryteria oceny ofert, które będą przedmiotem aukcji (najczęściej stosowane jest wyłącznie kryterium ceny, lecz nic nie stoi na przeszkodzie, aby przedmiotem aukcji były również inne kryteria, przy czym powinny to być kryteria wymierne, umożliwiające automatyczną ocenę ofert),
- cenę wywoławczą, szerzej minimalne wymagania co do poziomu oferty w zakresie różnych kryteriów (nie ma zastosowania w przypadku,

gdy aukcja następuje po złożeniu pisemnych ofert – punktem odniesienia jest wtedy najkorzystniejsza ze złożonych ofert),

- wielkość postąpienia, czyli minimalny przedział wartości kryterium, o który można złożyć ofertę korzystniejszą,
- wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych,
- przesłanki zakończenia aukcji: dzień i godzina lub okres od złożenia ostatniego postąpienia, ewentualnie połączenie obu sposobów w postaci zasady, że aukcja trwa przez określony czas (krótko), lecz w przypadku, gdy w ciągu ostatniej minuty wpłynie oferta, aukcja ulega automatycznie przedłużeniu o kolejne np. 3 minuty.

Jeżeli po otwarciu aukcji nikt nie złoży oferty, postępowanie aukcyjne ulega zakończeniu, ponieważ nie może doprowadzić do zawarcia zamierzonej umowy. Złożenie przez wykonawcę oferty zgodnie z warunkami aukcji powoduje, że staje się on związany ofertą od chwili jej złożenia. W przypadku aukcji związanie ofertą może trwać bardzo krótko. Co do zasady, związanie to ustaje, gdy inny wykonawca (licytant) złożył ofertę korzystniejszą.

Wykonawcy sukcesywnie składają oferty coraz korzystniejsze dla zamawiającego. W momencie, w którym następuje zakończenie aukcji tylko jeden wykonawca jest związany złożoną ofertą, ofertą, która w tym momencie jest najkorzystniejsza.

W przypadku aukcji **zawarcie umowy** następuje z chwilą udzielenia przybicia, to znaczy z chwilą zamknięcia aukcji po stwierdzeniu, że dany wykonawca zaoferował najlepsze warunki umowy. W przypadku aukcji ustnych następuje zwykle trzykrotne wezwanie do dalszych postąpień i uderzenie młotka (stąd pochodzi określenie „przybicie”). Skoro zawarcie umowy w toku postępowania aukcyjnego następuje z chwilą przybicia, nie tylko nie trzeba, ale nawet nie można następnie zawierać umowy (chyba że w warunkach aukcji zastrzegł co innego). Wydaje się, że choćby z uwagi na pisemność umowy, należy – analogicznie do rozwiązań przyjętych w ustawie Pzp – rozdzielić w warunkach aukcji czynność przybicia i zawarcia umowy. Będzie to oznaczało, że, analogicznie do przetargu, po obu stronach (zamawiający i wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę) powstaje zobowiązanie do zawarcia umowy na warunkach określonych w warunkach aukcji i złożonej ofercie.

3.3. Zapytanie ofertowe

Wymagania dotyczące wyboru wykonawców obowiązujące obecnie w Programie Operacyjnym Kapitał Ludzki oraz Programie Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka wydają się mniej restrykcyjne, ale równocześnie mniej jednoznaczne, niż w Programie Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko. Naczelną zasadą pozostaje dokonywanie wydatków w sposób racjonalny i efektywny. Oznacza to, że wydatki nie mogą być zawyżone w stosunku do cen i stawek rynkowych oraz muszą spełniać wymogi efektywnego zarządzania finansami; maksymalizacja rezultatu przy minimalizacji nakładów.

Upublicznienie informacji

Beneficjent (zamawiający) zobowiązany jest do **wysłania zapytania ofertowego**, do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców, o ile na rynku istnieje trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia. Zgodnie z zasadą konkurencyjności, minimalna liczba wykonawców została określona jako trzech. Należy zwrócić uwagę, że wymagane jest skierowanie zapytania do potencjalnych wykonawców zamówienia, a więc przed rozpoczęciem postępowania zamawiający musi dokonać analizy rynku w celu identyfikacji potencjalnych wykonawców. Naruszeniem zasady byłoby skierowanie zapytania do podmiotów, które nie mogą wykonać zamówienia, np. nie prowadzą działalności w określonym zakresie, nie dysponują niezbędnym do realizacji zamówienia potencjałem lub nie spełniają innych warunków określonych w zapytaniu. Choć nie zostało to jednoznacznie określone, z zasady konkurencyjności należy wywieść również, że nie mogą to być podmioty nie konkurujące ze sobą, np. powiązane kapitałowo lub funkcjonujące na innych rynkach (hurtownia i sklep detaliczny lub wykonawca lokalny i nie operujący na lokalnym rynku). Tak więc nie każdym z trzech wykonawców zapewnia przestrzeganie zasady.

W szczególnych okolicznościach do składania ofert może zostać zaproszonych mniej, niż trzech wykonawców. Jest to możliwe jedynie w sytuacji, gdy na rynku nie istnieje trzech potencjalnych wykonawców. W takiej sytuacji należy skierować zapytanie do wszystkich znanych wykonawców. Zamawiający musi jednak umieć wykazać (na wniosek Instytucji Pośredniczącej, Instytucji Wdrażającej, Instytucji Pośredniczącej II stopnia lub organów kontrolnych) obiektywne przesłanki potwierdzające ten fakt.

Właściwy dobór wykonawców, do których zostanie skierowane zapytanie jest ważne również z powodu, iż skierowanie zapytania do trzech potencjalnych wykonawców nie wiąże się z wymaganiem złożenia trzech ofert. W sytuacji, gdy

pomimo wysłania zapytania ofertowego do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców, beneficjent otrzyma tylko jedną ofertę, uznaje się zasadę konkurencyjności za spełnioną. Oferta ta może zostać wybrana.

Wysłanie zapytanie do trzech potencjalnych wykonawców musi być uzupełnione **zamieszczeniem zapytania na stronie internetowej** zamawiającego (o ile posiada taką stronę) oraz **w siedzibie**. Konieczność publikacji zapytania oznacza, że *de facto* zaproszenie do złożenia oferty kierowane jest do nieoznaczonego kręgu wykonawców. W odpowiedzi na to zapytanie ofertę może złożyć każdy wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Nawet więc, jeśli zamawiający skieruje zapytanie ofertowe do odpowiednio dobranych, wiarygodnych wykonawców, powinien zapewnić, że inni wykonawcy, którzy chcieliby złożyć ofertę będą równie wiarygodni.

Zastosowanie powinny więc znaleźć omówione wcześniej zasady dotyczące kwalifikacji wykonawców (Rozdział 2.3). Zamawiający powinien postępować tak, jak w przypadku publicznie ogłaszanego przetargu, a więc określić minimalne warunki dotyczące wiarygodności wykonawcy, ewentualnie wymagać ich potwierdzenia poprzez złożenie dokumentów podmiotowych. Warunki powinny czynić zadość zasadom równego traktowania i uczciwej konkurencji. Nie określenie warunków udziału w postępowaniu może wprost prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania (takiego samego traktowania podmiotów znajdujących się w innej sytuacji). Niestety, wymagania co do treści zapytania ofertowego nie precyzują tej kwestii.

Treść zapytania

Zapytanie ofertowe powinno zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny oferty oraz termin składania ofert.

Zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak i kryteria oceny ofert powinny zostać określone z poszanowaniem zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Wymagania w tym zakresie opisano w poprzednich rozdziałach.

Choć nie jest to sprecyzowane, oczywistym się wydaje, że termin składania ofert należy określić z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, wymagania co do zawartości ofert, liczby i rodzaju dokumentów podmiotowych, sposobu kalkulacji ceny itp.

Wybór oferty

W pierwszej kolejności należy zweryfikować czy oferta spełnia wszystkie wymagania określone w zapytaniu oraz czy wykonawca spełnia wymagania podmiotowe określone w zapytaniu. Wykonawcę nie spełniającego warunków udziału należy wykluczyć z postępowania (ewentualnie stosując uprzednio zasadę wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów). Ofertę nie spełniającą warunków określonych w zapytaniu należy odrzucić (ewentualnie stosując uprzednio zasady wyjaśniania, uzupełniania i poprawiania nieistotnych błędów).

Brak powyższej weryfikacji lub wykluczenie wykonawcy spełniającego warunki (ewentualnie nie wykluczenie wykonawcy, który warunków nie spełnia), odrzucenie oferty spełniającej warunki (ewentualnie nie odrzucenie oferty nie spełniającej warunków) stanowi jaskrawe złamanie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wybór oferty musi nastąpić w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny ofert. Zastosowanie innych kryteriów stanowiłoby rażące naruszenie zasady konkurencyjności. Ocena ofert musi odbywać się na podstawie informacji zawartych w ofertach, np. jeżeli wykonawcy byli pytani wyłącznie o podanie ceny – cena musi być jedynym kryterium, jeśli ocena ofert miałaby się odbyć na podstawie oceny wiarygodności wykonawcy – zamawiający musi zażądać oświadczeń lub dokumentów potwierdzających tę wiarygodność.

Dokumentowanie czynności

Wszelkie czynności związane z realizacją zamówienia beneficjent dokonuje w formie pisemnej, przy czym dla udokumentowania czynności innych niż zawarcie umowy i sporządzenie protokołu z wyboru najkorzystniejszej oferty, dopuszczalna jest forma elektroniczna i faks. Oznacza to, że nie tylko ewentualna korespondencja z wykonawcami może się odbywać przy pomocy faksu i poczty elektronicznej, ale również oferty mogą mieć taką postać.

Brak jest szczegółowych wymagań co do zawartości protokołu, jednak sformułowanie „wybór oferty jest dokumentowany protokołem” wskazuje, że należy odnotować w protokole:

- listę wykonawców, do których skierowano zapytanie ofertowe,
- miejsce publikacji zapytania,
- liczbę otrzymanych ofert,

- ewentualne wskazanie wykonawców wykluczonych i ofert odrzuconych (z uzasadnieniem),
- punktację przyznaną ofertom w oparciu o kryteria oceny ofert (z uzasadnieniem).

Załącznikami do protokołu powinny być zebrane oferty.

Addendum. Zamówienia najniższej wartości

Konieczność przestrzegania zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości nie jest w art. 3.3. uzależniona od wartości zamówienia lub wysokości dofinansowania. Tym niemniej, uzasadnionym wydaje się dostosowanie zakresu obowiązków zamawiającego wpływających z zasad do wartości przedmiotu zamówienia. W niewielkim stopniu dotyczy to zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. **Niewielka nawet wartość zamówienia nie uzasadnia łamania tych zasad**, jednak określone w Podręczniku wymagania co do:

- precyzji opisu przedmiotu zamówienia,
- opisu istotnych warunków umowy,
- formułowania warunków udziału w postępowaniu,
- konieczności żądania dokumentów podmiotowych,
- precyzji definiowania kryteriów, ich znaczenia i sposobu oceny

w jakimś stopniu należy dostosować do wielkości zamówienia. Należy przyjąć, że wymagania opisane w Podręczniku mają zastosowanie, co do zasady, do zamówień większej wartości.

Wyraźnie natomiast należy dostosować zakres upublicznienie informacji o zamówieniu do jego wartości (o ile pozwalają na to zasady obowiązujące w programie). Na konieczność dostosowania zakresu upublicznienia informacji do wartości zamówienia (a także jego przedmiotu, struktury rynku oraz miejsca wykonania) wskazuje Komunikat.

W przypadku najmniejszych zamówień należy przyjąć uproszczone zasady wyboru wykonawcy.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Komunikat, choć dotyczy zamówień poniżej progów unijnych, nie dotyczy najmniejszych zamówień, nie mających charakteru wspólnotowego, nie budzących zainteresowania wykonawców z innych państw UE: „Normy zaczerpnięte z traktatu WE mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego. W tym zakresie ETS potwierdził, że w konkretnych przypadkach z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego, podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach

członkowskich nie byłyby zainteresowane udzielanym zamówieniem. W takich przypadkach *skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie*, by uzasadniały stosowanie norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego”.

Po drugie, KE stwierdzała wielokrotnie, że nie będzie weryfikować stosowania zasad określonych Komunikatem do zamówień o wartości mniejszej, niż 10% najniższego progu unijnego (stąd próg stosowania ustawy). Nie może dziwić, że zarówno KE, jak i polski ustawodawca wprowadzili do przepisów (wyjaśnień) tzw. próg bagatelności. Stosowanie każdej procedury wyboru wykonawcy wymaga czasu, zaangażowania ludzi (zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawców) oraz środków ekonomicznych (nie tylko w postaci pensji, ale również np. wadium). Dlatego konieczne jest określenie progu, poniżej którego uznaje się, że koszt procedury nie pokrywa zysków wynikających z konkurencji.

Zważywszy powyższe, w przypadku zamówień o wartości poniżej 14.000 euro stosuje się zasady rozeznania rynku (PO liŚ) lub ogólną zasadę efektywności (PO KL). Rozeznanie rynku może być dokonane poprzez:

- skierowanie do potencjalnych wykonawców zapytania ofertowego
- analizę stron internetowych potencjalnych wykonawców
- porównanie ofert lub informacji handlowych przesłanych przez wykonawców z własnej inicjatywy.

Odpowiednio należy udokumentować rozeznanie rynku poprzez zachowanie zapytania ofertowego wraz z ofertami (w formie pisemnej lub wydruku listu elektronicznego), wydruku strony internetowej przedstawiającej oferty lub informacje handlowe (zawierającego datę wydruku) lub ofert (informacji handlowych) przesłanych przez wykonawców bez zapytania. Brak w/w dokumentów jest traktowany analogicznie, jak brak rozeznania rynku.

Należy pamiętać, że notatka potwierdzająca przeprowadzenie rozmów telefonicznych z potencjalnymi wykonawcami nie jest uznawana za udokumentowanie rozeznania rynku.

Na koniec należy zwrócić uwagę na konieczność właściwego oszacowania wartości zamówienia. Co do zasady, nie wolno dzielić zamówień w celu uniknięcia odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji. Dlatego należy określić, czy łączna wartość danego rodzaju usług/dostaw, które beneficjent (zamawiający) planuje zlecić wykonawcy przekracza 14 tys. euro netto. Należy przy tym mieć na

uwadze, czy dany rodzaj usługi/dostawy może zostać zrealizowany przez jednego wykonawcę. W szczególności zatem, jeżeli danego rodzaju usługi w ramach projektu przekraczają kwotę 14 tys. euro, lecz nie mogą one zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę wartość zamówienia należy ustalać odrębnie dla każdego wykonawcy. Niemniej jednak sytuacja taka powinna wynikać z przyczyn obiektywnych i nie może prowadzić do dzielenia zamówienia w celu uniknięcia stosowania zasad. Przykładowo dotyczyć to może przypadków, gdy usługa/dostawa ma być realizowana w różnych miejscowościach i brak jest wykonawców, którzy mogą zrealizować zamówienie.

Wydawca:

Fundacja Fundusz Współpracy
ul. Górnośląska 4a
00-444 Warszawa
tel. +48 22 45 09 800
fax +48 22 45 09 803
e-mail: cofund@cofund.org.pl

Na zlecenie:

Ministerstwa Edukacji Narodowej
Departamentu Funduszy Strukturalnych
al. J. Ch. Szucha 25
00-918 Warszawa
tel. +48 22 34 74 881
fax +48 22 34 74 883
e-mail: sekretariatdfs@men.gov.pl

ISBN:

egzemplarz bezpłatny

OWEJ
MINISTERSTWO
EDUKACJI
NARODOWEJ
MINISTERSTWO
EDUKACJI
NARODOWEJ



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI

MINISTERSTWO
EDUKACJI
NARODOWEJ



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego