TOP 10

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019)

Opracowanie jest częścią materiałów szkoleniowych,
jakie otrzymują uczestnicy szkoleń z zakresu prawa zamówień publicznych
organizowanych przez ogólnopolską firmę szkoleniową
Ekspert sp. z o.o.

www.szkoleniaekspert.pl

OPIEKA MERYTORYCZNA SZKOLEŃ

www.wPrzetargach.pl

PORTAL PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

WYBIERZ SZKOLENIE

Sporządzanie planów zamówień udzielanych w 2020 r.
Sporządzanie rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach w 2019 r.
Bydgoszcz, Gdynia, Katowice, Kielce, Kraków, Lublin, Łódź,
Opole, Poznań, Rzeszów, Szczecin, Warszawa, Wrocław

Przetarg nieograniczony od wszczęcia postępowania do zawarcia umowy
Analiza problemów z uwzględnieniem rozwiązań nowej ustawy - Prawo zamówień publicznych
Bydgoszcz, Gdynia, Katowice, Kielce, Kraków, Lublin, Łódź,
Olsztyn, Opole, Poznań, Rzeszów, Szczecin, Wrocław

Analiza porównawcza przepisów
obowiązującej i nowej ustawy - Prawo zamówień publicznych
Katowice, Warszawa

Zamówienia na roboty budowlane w 2020 r.
z uwzględnieniem nowej ustawy - Prawo zamówień publicznych
Warszawa, Wrocław

Link do wszystkich szkoleń:

https://www.szkoleniaekspert.pl/szkolenia_otwarte.html?category=12

ZAWSZE PROFESJONALNIE O ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Użyte skróty

Pzp lub **ustawa Pzp** - ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843)

NowePzp lub **nowa ustawa Pzp** - ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019)

dyrektywa 2014/24/UE - dyrektywa Rady 2014/24/UE z dnia 26 marca 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65, ze zm.)

Autor opracowania:

JÓZEF EDMUND NOWICKI

SPIS TREŚCI

1. **Dialog techniczny i wstępne konsultacje rynkowe oraz wstępne zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania w obowiązującej i nowej ustawie - Prawo zamówień publicznych** **5**
2. **Dokumenty zamówienia** **17**
3. **Pisemność** **19**
4. **Podmiotowe środki dowodowe** **20**
5. **Postępowanie o udzielenie zamówienia** **24**
6. **Przedmiotowe środki dowodowe** **29**
7. **Składanie i otwarcie ofert** **31**
8. **Wybór oferty po upływie terminu związania ofertą** **33**
9. **Zakończenie postępowania** **37**
10. **Zmiany w ocenie ofert przedstawiających taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert** **41**

Dialog techniczny i wstępne konsultacje rynkowe oraz wstępne zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania w obowiązującej i nowej ustawie - Prawo zamówień publicznych

W obowiązującej ustawie Pzp dialog techniczny został uregulowany w przepisach art. 31a - 31d.

Dialog techniczny prowadzi się przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a celem dialogu technicznego jest uzyskanie wiedzy w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy, pod warunkiem że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji.

Dialog techniczny jest odpowiednikiem konsultacji rynkowych, o których mowa w art. 40 i 41 dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z art. 40 dyrektywy 2014/24/UE „Przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia instytucje zamawiające mogą przeprowadzić konsultacje rynkowe z zamiarem przygotowania zamówienia i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą, np. szukać lub korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów lub władz albo uczestników rynku. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że tego rodzaju doradztwo nie powoduje zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości".

Zgodnie natomiast z art. 41 dyrektywy 2014/24/UE „Jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej - niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie - lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub

oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84".

Istotą dialogu technicznego jest uzyskanie informacji (wiedzy) w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. W tym celu zamawiający może, przeprowadzając dialog techniczny przed wszczęciem postępowania, zwrócić się do innych podmiotów (ekspertów, podmiotów, które mogą być zainteresowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia, wykonawców znanych zamawiającemu) o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.

Dialog techniczny jest procedurą służącą korzystaniu z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy, pod warunkiem że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji.

Dialog techniczny umożliwia zamawiającym zapoznanie się z najlepszymi rozwiązaniami technicznymi, technologicznymi i organizacyjnymi dotyczącymi dostaw, usług lub robót budowlanych stanowiących przedmiot planowanego

zamówienia publicznego, co pozwala na efektywne wydatkowanie środków pieniężnych.

Zastosowanie dialogu technicznego umożliwia również pozyskanie informacji umożliwiających dokonanie ustalenia wartości dostawy, usługi lub roboty budowlanej, jeżeli ze względu na ich unikatowy, specyficzny charakter lub wysoki postęp technologiczny, nie jest możliwe ustalenie takiej wartości.

Jeżeli rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić rzeczywistej potrzeby zamawiającego z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami, lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób, zamawiający może zamiast dialogu technicznego zastosować np. tryby negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, a także powierzyć przygotowanie postępowania (np. opisanie przedmiotu zamówienia) podmiotowi, który będzie ubiegać się o udzielenie zamówienia (zob. art. 24 ust. 1 pkt 19 i ust. 10 Pzp).

Zamawiający jest obowiązany prowadzić dialog w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań. Jeżeli przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono dialog techniczny, informacja o przeprowadzeniu dialogu technicznego, o podmiotach, które uczestniczyły w dialogu technicznym, oraz o wpływie dialogu technicznego na opis przedmiotu zamówienia, specyfikację istotnych warunków zamówienia lub warunki umowy stanowi element protokołu (art. 96 ust. 2a Pzp).

Informację o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie zamawiający zamieszcza na stronie internetowej. Co do zasady będzie to strona internetowa zamawiającego (strona podmiotowa Biuletynu Informacji Publicznej).

Przepis art. 31b Pzp nie określa, jakie informacje powinna zawierać informacja o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie. Ze względu jednak na cel dialogu technicznego, w informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego zamawiający informuje co będzie przedmiotem dialogu technicznego, wskazuje podmioty już zaproszone do dialogu lub informuje o możliwości zgłaszania w wyznaczonym terminie uczestnictwa w dialogu technicznym, zastrzegając, że do dialogu zaprosi tylko wybrane podmioty.

Zamawiający może również w toku prowadzonego dialogu technicznego rozszerzyć krąg podmiotów, z którymi będzie prowadzić dialog.

Jeżeli w toku prowadzenia dialogu technicznego zamawiający zaprosi do dialogu inne podmioty, będzie obowiązany dokonać zmiany treści informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego w tym zakresie.

Zamawiający może prowadzić dialog z zaproszonymi podmiotami w jednym dniu lub w odrębnych terminach.

W toku prowadzonego dialogu technicznego komunikacja między zamawiającym a wykonawcami może odbywać się zgodnie z wyborem zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Jeżeli zamawiający lub uczestnik dialogu technicznego przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej strony może żądać niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania.

Sposób komunikacji między zamawiającym a uczestnikami dialogu odbywa się wprawdzie zgodnie z wyborem zamawiającego, jednak nie może naruszać

zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania żadnego z uczestników zaproszonych do dialogu.

Obowiązkiem zamawiającego jest zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji, czy przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono dialog techniczny.

Jeżeli przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono dialog techniczny, informacja o dialogu technicznym, zamieszczana w ogłoszeniu o zamówieniu, powinna wskazywać co najmniej uczestników dialogu technicznego.

Jeżeli istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w dialogu technicznym, zamawiający musi zapewnić, że udział tego podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. W takim przypadku zamawiający przekazuje wykonawcom, którzy nie uczestniczyli w dialogu, co najmniej informacje, które uzyskał w toku prowadzonego dialogu.

Dialog konkurencyjny jest procedurą stosowaną przede wszystkim przed przeprowadzeniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego i zapytania o cenę.

Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 Pzp).

Przepis art. 39 Pzp ustanawia definicję jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, tj. trybów, które tylko co do zasady mogą być zastosowane zawsze, a ich wybór nie jest obwarowany koniecznością spełnienia żadnych przesłanek czy wystąpienia szczególnych okoliczności.

W wyroku z dnia 10 października 2013 r., KIO 2267/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Zamawiający, który nie jest w stanie opracować opisu przedmiotu zamówienia nie może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie jednym z podstawowych warunków jest przekazanie

na równych prawach wszystkim wykonawcom opisu przedmiotu zamówienia, sporządzonego zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp."

Jeżeli zamawiający z przyczyn od niego niezależnych, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia (np. z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami lub zamawiający), nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób, niemożliwe będzie zastosowanie trybu przetargu nieograniczonego. Analogicznie w przypadku trybu przetargu ograniczonego i zapytania o cenę.

Co do zasady dialogu technicznego nie stosuje się w trybach: negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, partnerstwa innowacyjnego. Wynika to ze specyfiki tych trybów.

W trybach negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia oraz partnerstwa innowacyjnego, w toku składania ofert wstępnych, negocjacji lub dialogu, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, zamawiający uzyskuje informacje niezbędne do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli jednak zamawiający podejmie decyzję o zastosowaniu dialogu technicznego przed zastosowaniem trybu negocjacji bez ogłoszenia (np. gdy przedmiotem zamówienia na dostawy będą rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju - art. 62 ust. 1 pkt 3 Pzp), zamieszcza informację o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie na stronie internetowej. Ponieważ w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie występuje ogłoszenie o zamówieniu, zamawiający po przeprowadzeniu dialogu technicznego zamieszcza informację o zastosowaniu dialogu technicznego na stronie internetowej, na której zamieścił informację o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie. Wynika to z

faktu, iż art. 31a ust. 2 Pzp wymaga, aby dialog techniczny był prowadzony w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań.

Przeprowadzenie dialogu nie wymaga posiadania regulaminu dialogu technicznego.

Ponieważ dialog techniczny jest procedurą wykonywaną na etapie przygotowania postępowania, kierownik zamawiającego może także powierzyć komisji przetargowej przeprowadzenie dialogu technicznego (w ramach powierzenia komisji przetargowej czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia).

Przeprowadzenie dialogu technicznego nie wymaga przeprowadzenia wstępnej kwalifikacji podmiotów zaproszonych do dialogu technicznego. Co nie oznacza, że w toku prowadzonego dialogu technicznego zamawiający nie może uzyskać informacji, które pozwolą na określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Celem dialogu technicznego jest bowiem uzyskanie wiedzy w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy, a nie ocena podmiotowa przyszłych wykonawców.

W nowej ustawie Pzp odpowiednikiem dialogu technicznego są wstępne konsultacje rynkowe (art. 84).

Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, będzie mógł przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. Informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie zamawiający będzie obowiązany zamieścić na swojej stronie internetowej.

Prowadząc konsultacje rynkowe, zamawiający będzie mógł korzystać z doradztwa wszelkich podmiotów, pod warunkiem że nie spowoduje to

zakłócenia zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Podmioty, z którymi zamawiający prowadził wstępne konsultacje rynkowe będą zatem mogły ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie będzie to jednak ich obowiązkiem.

Informację o przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający będzie obowiązany zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu.

Do wstępnych konsultacji rynkowych nawiązuje również art. 85 i art. 108 ust. 1 pkt 6 NowePzp.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 NowePzp, jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji.

W takim przypadku zamawiający będzie obowiązany przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert oraz wskazać w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Użyte w art. 85 ust. 1 NowePzp sformułowanie „wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert" oznacza obowiązek wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Ustalając czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, zamawiający powinien uwzględnić wpływ rodzaju istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania.

Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku,

gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający będzie obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji (art. 85 ust. 2 NowePzp). Wykluczenie z postępowania wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 NowePzp będzie możliwe tylko w sytuacji, gdy wykonawca nie wykaże, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji.

Przepis art. 85 NowePzp nie dotyczy wyłącznie wstępnych konsultacji rynkowych. Zamawiający będzie mógł powierzyć osobie trzeciej przygotowanie postępowania lub skorzystać z doradztwa dotyczącego planowania i przygotowania, w ramach pomocniczych działań zakupowych na podstawie art. 37 ust. 2 i ust. 3 pkt 2 i 3 NowePzp, a taka osoba będzie mogła również ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepisy art. 85 i art. 108 ust. 1 pkt 6 NowePzp odpowiadają art. 24 ust. 1 pkt 19 i ust. 10 Pzp.

W wyroku z dnia 14 maja 2019 r., KIO 765/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że adresatem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nie jest wyłącznie wykonawca, a zamawiający powinien zarówno we własnym zakresie rozważyć, czy podjął dostateczne środki przeciwdziałające zakłóceniu konkurencji, jak również zapewnić takiemu wykonawcy - zgodnie z art. 24 ust. 10 Pzp - możliwość udowodnienia, że udział podmiotu trzeciego w postępowaniu konkurencji nie zakłóci. Następnie, w razie negatywnej oceny przedstawionych przez wykonawcę argumentów mających uzasadniać brak zakłócenia konkurencji przez udział podmiotu trzeciego w postępowaniu, zamawiający może wezwać do jego zastąpienia innym podmiotem, bądź do zobowiązania się wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, pod warunkiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim

korzystał z potencjału podmiotu trzeciego podlegającego zastąpieniu (por. przepis art. 22a ust. 6 Pzp).

Co ważne, ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości, zamawiający jest obowiązany do wyjaśnienia wykonawcy z jakich przyczyn nie uznał, że wykonawca udowodnił okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 10 Pzp. Jest to istotne ze względu na uprawnienie wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej zmierzających do zakwestionowania nieprawidłowej, zdaniem wykonawcy, oceny przedstawionych zamawiającemu wyjaśnień.

Wyjaśnienia wykonawcy powinny być ocenione przez pryzmat posiadanych przez zamawiającego informacji, a wyniki tej oceny - zakomunikowane wykonawcy. Nie może on bowiem pozostawać w niepewności co do podstaw negatywnej oceny zamawiającego, zwłaszcza w okolicznościach, w których podstawy wykluczenia dotyczą podmiotu trzeciego, a nie samego wykonawcy, a zamawiający współpracował z podmiotem trzecim przy przygotowaniu postępowania, w którym wykonawca bierze udział.

Adresatem art. 85 nowej ustawy są natomiast wykonawca oraz podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. Podmiotem takim może być również podmiot udostępniający zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 1 NowePzp.

Z treści przepisów art. 24 ust. 1 pkt 19 i ust. 10 Pzp wynika, że aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze - stwierdzić udział wykonawcy (jego pracownika lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej) w przygotowaniu prowadzonego postępowania, po drugie - ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z

udziału w postępowaniu. Celem art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp oraz art. 85 NowePzp jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie konsekwentnie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania - koniecznym jest przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz, że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W wyroku z dnia 19 października 2018 r., KIO 2037/18, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, należy zbadać czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA v. Państwo Belgijskie, zwrócono uwagę, na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami, uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między

oferentami. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podzielił prezentowany w orzecznictwie pogląd, iż sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu w ramach postepowania o udzielenie zamówienia dokumentacji projektowej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji (por. m.in. wyrok z dnia 22 lutego 2018 r., KIO 233/18, 234/18). Należy zauważyć, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie niejednokrotnie zwracał uwagę, że sytuacja, w której jeden z wykonawców, który przygotował dokumentację przetargową następnie bierze udział w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych, które mają być zrealizowane na jej podstawie, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi niekoniecznie znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała. Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może po pierwsze znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w

sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów w tym znaczeniu, że jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich - będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może ona, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zniekształcenia konkurencji pomiędzy oferentami (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie).

Nie sposób zaprzeczyć, że wykonawca przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, nabywa informacje, które na etapie przygotowania postępowania nie są znane jeszcze innym potencjalnym uczestnikom postępowania. Nie oznacza to jednak, że powstałego na tym tle zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować poprzez podjęcie w postępowaniu odpowiednich czynności. Mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt 6 NowePzp i wynikające z nich dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, zastosowanie tych przepisów będzie wymagać zachowania przez zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Za taką właśnie interpretacją tego przepisu przemawia art. 57 ust. 4 lit. f i art. 41 i art. 41 dyrektywy 2014/24/UE.

Dokumenty zamówienia

Dokumenty zamówienia to dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisania warunków (zamówienia), które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikających w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia,

kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań.

Dokumenty zamówienia są pisemnymi oświadczeniami zamawiającego, które wraz z ogłoszeniem o zamówieniu (w przypadku zamówień sektorowych również wraz z okresowym ogłoszeniem informacyjnym stanowiącym zaproszenie do ubiegania zamówienie sektorowe albo ogłoszeniem o systemie kwalifikowania wykonawców wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia) oraz przepisami nowej ustawy Pzp wyznaczają całokształt warunków zamówienia.

Dokumenty sporządzone przez zamawiającego to dokumenty przygotowane przez pracowników zamawiającego oraz dokumenty sporządzone przez osoby trzecie, którym zamawiający powierzył na podstawie art. 37 ust. 2 NowePzp przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, w ramach pomocniczych działań zakupowych[1] (np. dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych).

Dokumentami zamówienia są także istniejące dokumenty, do których zamawiający się odwołuje (normy, oznakowania, specyfikacje techniczne, wspólne specyfikacje techniczne, systemy referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne oraz inne dokumenty (opracowania) określające wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych, do których zamawiający odsyła w opisie przedmiotu zamówienia.

[1] Pomocnicze działania zakupowe polegają na zapewnieniu zamawiającemu wsparcia w związku z udzielaniem zamówienia lub organizacją konkursu, w szczególności przez: zapewnienie infrastruktury technicznej umożliwiającej zamawiającemu udzielanie zamówień lub zawieranie umów ramowych, doradztwo dotyczące planowania, przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub organizacji konkursu, przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego (art. 37 ust. 3 Pzp).

Zbiorem dokumentów zamówienia tworzących funkcjonalną całość są specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań.

Warunki zamówienia to nie tylko warunki udziału w postępowaniu i inne wymagania proceduralne oraz sam przebieg postępowania, lecz także opis przedmiotu zamówienia, wymagania związane z jego realizacją oraz informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, warunkami zamówienia są również dokumenty sporządzone w ramach analizy potrzeb zamawiającego obejmującej m. in. badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych, rozeznanie (weryfikacja) rynku w zakresie ustalenia, czy istnieją alternatywne środki zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb, możliwych wariantów realizacji zamówienia albo ustalenia, czy jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.

Pisemność

Termin „pisemności" określony w art. 7 pkt 16 NowePzp oznacza sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wyrażenie przy „użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich" wskazuje, że komunikacja pomiędzy zamawiającym a wykonawcą musi być prowadzona w postaci tekstowej.

Pojęcie „pisemności" nie obejmuje komunikowania się za pomocą dźwięków i komunikacji wizualnej.

Wyrazy, cyfry lub inne znaki pisarskie powinny być uzewnętrznione w widzialnej postaci oraz w sposób umożliwiający ich kopiowanie np. w postaci papierowej lub elektronicznej.

Pojęcia „pisemnie" nie można utożsamiać z formą pisemną oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 ustawy - Kodeks cywilny.

Podmiotowe środki dowodowe

Zgodnie z art. 7 pkt 17 NowePzp podmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, **z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 NowePzp,** tj. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego, które wykonawca dołącza do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty.

Na gruncie obowiązującej ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe odpowiadają oświadczeniom i dokumentom potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteria selekcji oraz brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, które zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 NowePzp, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16).

Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne

Zgodnie z art. 124 NowePzp zamawiający:

1) będzie obowiązany żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 NowePzp podmiotowe środki dowodowe, aktualne na dzień ich złożenia, wykonawca będzie składać na wezwanie zamawiającego, w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni.

Jeżeli będzie to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający będzie mógł na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia (art. 126 ust. 2 NowePzp).

Jeżeli natomiast będą zachodzić uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zamawiający będzie mógł w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia (art. 126 ust. 3 NowePzp).

Na podstawie art. 127 ust. 1 NowePzp, zamawiający nie będzie wzywać do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

1) będzie mógł je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów

realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków;

2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Wykonawca nie będzie zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność (art. 127 ust. 2 NowePzp).

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca nie złoży podmiotowych środków dowodowych, lub będą one niekompletne lub zawierać błędy, zamawiający będzie obowiązany wezwać wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy będą podlegać odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub będą zachodzić przesłanki unieważnienia postępowania (art. 128 ust. 1 NowePzp).

Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych nie będzie mogło służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

Na podstawie art. 128 ust. 4 NowePzp zamawiający będzie mógł żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych

Jeżeli złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe będą budzić wątpliwości zamawiającego, zamawiający będzie mógł zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów (art. 128 ust. 5 NowePzp).

Rodzaje podmiotowych środków dowodowych (oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy), okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą, określi minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia.

W przypadku zamówień sektorowych zamawiający będzie mógł żądać przedstawienia także innych podmiotowych środków dowodowych niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 128 ust. 6 NowePzp, jeżeli będzie to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków oraz braku podstaw wykluczenia określonych w art. 108, 109 i 112 NowePzp (art. 393 ust. 1 pkt 3 NowePzp).

Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne

Zgodnie art. 273 ust. 1 NowePzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający może żądać (nie będzie obowiązany żądać) podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

1) braku podstaw wykluczenia;
2) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zamawiający będzie wzywać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień składania, chyba że zamawiający będzie w posiadaniu lub ma dostęp do tych podmiotowych środków dowodowych (art. 274 ust. 1 NowePzp);

Jeżeli będzie to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający będzie mógł na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacjom lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia (art. 274 ust. 2 NowePzp).

Jeżeli będą zachodzić uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający będzie mógł w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia (art. 274 ust. 3 NowePzp).

Postępowanie o udzielenie zamówienia

W obowiązującej ustawie Pzp pojęcie „postępowania o udzielenie zamówienia" zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 7a Pzp.

Zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp przez „postępowanie o udzielenie zamówienia" należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Czynnościami wykonywanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia będą zatem czynności wykonywane w okresie od wszczęcia postępowania do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania.

W trybach, w których postępowanie jest wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu i są składane oferty (przetarg nieograniczony,

przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne) zamawiający wszczyna postępowanie, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (zob. art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1 oraz art. 60c ust. 1 Pzp).

W trybie negocjacji bez ogłoszenia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od przekazania przez zamawiającego wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenia do negocjacji (art. 63 ust. 1 Pzp) do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania.

W trybie zamówienia z wolnej ręki czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od przekazania przez zamawiającego zaproszenia do negocjacji wybranemu wykonawcy wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, w tym istotnymi dla stron postanowieniami, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnymi warunkami umowy lub wzorem umowy (art. 68 ust. 1 Pzp) do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania.

W trybie zapytania o cenę czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od przesłania przez zamawiającego zaproszenia do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania. Zaznaczyć należy, że w trybie tym zamawiający wszczynając postępowanie zaprasza do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5.

W trybie licytacji elektronicznej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, na swojej stronie internetowej

oraz stronie, na której będzie prowadzona licytacja (art. 75 ust. 1 Pzp) do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania.

Z art. 2 pkt 7a Pzp wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia obejmuje czynności dokonywane „w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy".

W opinii **„Nowe podejście do badania konfliktu interesów"**[2] Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „Czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, będą w szczególności czynności związane z wyborem oferty najkorzystniejszej, odrzuceniem oferty, wykluczaniem wykonawców, oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badaniem ofert - dokonywane od momentu wszczęcia postępowania (które stanowi publikacja ogłoszenia o zamówieniu lub przesłanie zaproszenia do składania ofert lub zaproszenia do negocjacji) do chwili udzielenia zamówienia publicznego (rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego). (...) W konsekwencji obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy osób, które brały udział w wykonywaniu czynności podejmowanych w ramach postępowania. Ww. obowiązek dotyczyć będzie również osoby podpisującej umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. kierownika zamawiającego lub osoby, której powierzono to zadanie w ramach postępowania na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy. **Czynność zawarcia umowy w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego stanowi bowiem ostatnią czynność wykonywaną w postępowaniu, a osoby zaciągające zobowiązanie z tego tytułu powinny podlegać weryfikacji pod kątem konfliktu interesów.**

[2] https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/nowe-podejscie-do-badania-konfliktu-interesow (dostęp w dniu 27 stycznia 2020 r.).

Powyższy obowiązek nie będzie natomiast dotyczył osób, które realizowały czynności poprzedzające wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak: szacowanie wartości zamówienia lub przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z opisem przedmiotu zamówienia, a także osób, które dokonują czynności o charakterze pomocniczym, czy też techniczno-organizacyjnym, które wprost nie mają wpływu na przebieg samej procedury zamówienia publicznego, np. pracowników sekretariatu odbierających korespondencję czy pracowników zamieszczających informacje na temat postępowania na stronie internetowej zamawiającego".

W nowej ustawie Pzp pojęcie „postępowania o udzielenie zamówienia" zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 18[3] i w każdym trybie rozpoczyna się wszczęciem, a kończy zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania (art. 254 NowePzp).

Na gruncie nowej ustawy Pzp zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia:

1) w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 130 ust. 1 pkt 1);
2) w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki przez przekazanie zaproszenia do negocjacji (art. 130 ust. 1 pkt 2);

[3] Przez „postępowanie o udzielenie zamówienia" należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

3) w przypadku trybu podstawowego przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 276 ust. 1).

Na podstawie art. 130 ust. 2 NowePzp zamawiający może wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego przez przekazanie zaproszenia do negocjacji lub dialogu, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3[4], jeżeli zaprosi do negocjacji lub dialogu wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1[5], 2[6], 6[7], 7[8], 9[9], 12[10], 13[11], 14[12] i 18[13].

[4] „cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty"

[5] „oferta została złożona po terminie składania ofert"

[6] „oferta została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń"

[7] „oferta nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego"

[8] „oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"

[9] „oferta została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert"

[10] „wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą"

[11] „wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą"

Z art. 7 pkt 18 NowePzp wynika, że samo zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

Zobacz „Zakończenie postępowania" strona 37

Przedmiotowe środki dowodowe

Przedmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Na gruncie obowiązującej ustawy Pzp przedmiotowe środki dowodowe odpowiadają oświadczeniom i dokumentom potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2, a także art. 2 pkt 16 Pzp (oznakowanie), które zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Problematyka przedmiotowych środków dowodowych została uregulowana w art. 104-107 Nowepzp.

Przedmiotowe środki dowodowe zostały wskazane w art. 104 i 105 NowePzp.

[12] „wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;"

[13] „oferta została złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia"

Zamawiający będzie mógł żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 NowePzp przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli będą one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Zamawiający będzie obowiązany wskazać wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zamawiający będzie mógł żądać przedmiotowych środków dowodowych tylko w przypadku, gdy będą one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i związane z przedmiotem zamówienia.

Żądane przedmiotowe środki dowodowe nie będą mogły ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jeżeli zamawiający będzie żądać złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca będzie składać je wraz z ofertą.

Na gruncie ustawy Pzp oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, składane są na wezwanie zamawiającego, przed udzieleniem zamówienia, przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, w terminie nie krótszym niż 5 lub 10 dni (art. 26 ust. 1 i 2 Pzp).

Jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający będzie obowiązany wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, jednakże tylko wtedy, gdy przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wezwanie takie nie będzie możliwe, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy będzie służyć potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta będzie podlegać odrzuceniu albo będą zachodzić przesłanki unieważnienia postępowania.

Zamawiający będzie mógł żądać od wykonawców również wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Składanie i otwarcie ofert

Problematyka składania ofert została uregulowana w art. 218-220 NowePzp.

Wykonawca będzie mógł złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert.

Do upływu terminu składania ofert wykonawca będzie mógł wycofać ofertę.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijnego, w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 220 ust. 2 NowePzp, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, będzie obowiązany zwrócić się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni **(w trybie podstawowym - 30 dni (art. 307 ust. 2 NowePzp)).**

Przedłużenie terminu związania ofertą będzie wymagać złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, będzie następować wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie będzie to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Problematyka otwarcia ofert została uregulowana w art. 221-222 NowePzp.

Zamawiający będzie obowiązany zapewnić, aby z zawartością ofert nie można było zapoznać się przed upływem terminu ich otwarcia.

Otwarcie ofert będzie następować niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Jeżeli otwarcie ofert będzie następować przy użyciu systemu teleinformatycznego, w przypadku awarii tego systemu, która spowoduje brak możliwości otwarcia ofert w terminie określonym przez zamawiającego, otwarcie ofert będzie następować niezwłocznie po usunięciu awarii.

Zamawiający będzie obowiązany poinformować o zmianie terminu otwarcia ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Najpóźniej przed otwarciem ofert, zamawiające będzie obowiązany udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Niezwłocznie po otwarciu ofert, zamawiający będzie obowiązany udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o:

1) nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte;
2) cenach lub kosztach zawartych w ofertach.

W przypadku ofert, które podlegają negocjacjom, zamawiający udostępnia informacje, o których mowa w ust. 5 pkt 2, niezwłocznie po otwarciu ofert ostatecznych albo unieważnieniu postępowania.

Wybór oferty po upływie terminu związania ofertą

W najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, że upływ terminu związania ofertą nie powoduje niemożliwości wyboru oferty wykonawcy i zawarcia z nim umowy, a przepisy Pzp nie wiążą negatywnych skutków z brakiem związania ofertą i nie zwalniają zamawiającego z wykonania swoich ustawowych obowiązków.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty.

W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu.

Na gruncie obowiązujących przepisów Pzp brak jest jakiegokolwiek przepisu, zgodnie z którym upływ terminu związania ofertą powodowałby nieważność oferty. W wyroku z dnia 17 maja 2019 r., KIO 805/19, Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się ze stanowiskiem, że brak przedłużenia terminu związania ofertą powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 2 K.c. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej na gruncie ustawy Pzp fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie powoduje niemożliwości wyboru oferty wykonawcy i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem zamawiający nie ma możliwości odrzucenia takiej oferty, ponieważ przepisy Pzp - stanowiące lex specialis w stosunku do przepisów K.c. - nie wiążą negatywnych skutków z brakiem związania ofertą i nie zwalniają zamawiającego z właściwego wykonania swoich ustawowych obowiązków. Wyjątkiem jest art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. art. 85 ust. 2 Pzp, kiedy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy - jedynie w

przypadku, gdy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, mimo że zamawiający uprzednio zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody.

Tożsame stanowisko zostało wyrażone w uchwale z dnia 11 sierpnia 2015 r. KIO/KD 43/15 oraz wyrokach z dnia 7 marca 2017 r., KIO 324/17, z dnia 11 lipca 2017 r., KIO 1305/17, z dnia 28 września 2017 r., KIO 1912/17, z dnia 24 lipca 2018 r., KIO 1371/17, z dnia 31 października 2017 r., KIO 2181/17, z dnia 12 lutego 2018 r., KIO 153/18 oraz wyrokach Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21 września 2012 r., III Ga 379/12, Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., XXIII Ga 924/14, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 czerwca 2015 r., XXIII Ga 729/15, Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/10 i postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 2010 r., SK 22/08. W wyroku KIO 805/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że nie ma żadnej podstawy prawnej, aby po upływie terminu związania ofertą zamawiający mógł odstąpić od jej oceny i badania oraz nie ma żadnej przeszkody prawnej do wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej. Ponadto w postanowieniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie Saferoad Grawil et Saferod Kabex, o sygn. akt C-35/17, Trybunał uznał, że wskutek występujących od wielu lat sporów dotyczących upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających. W tej sytuacji TSUE kategorycznie stwierdził, że jeżeli wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie było wyraźnie przewidziane w ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, to zasady równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z

dokumentacji przetargowej. Jeżeli po upływie terminu związania ofertą istnieje zgodna wola stron zawarcia umowy, umowa może zostać podpisana.

W wyroku z dnia 16 lipca 2019 r., KIO 1249/19, Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, iż z uwagi na to, że termin związania ofertą Odwołującego upłynął przed terminem wniesienia odwołania wykonawca utracił status wykonawcy i zachodzi przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że co do zasady krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie natomiast z art. 2 pkt 11 Pzp pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Definicja wykonawcy nie ogranicza kręgu podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy, wyłącznie do tych, którzy mają szansę na uzyskanie zamówienia. Dlatego też pomimo upływu terminu związania ofertą po wyborze najkorzystniejszej oferty, okoliczność ta nie stanowi negatywnej przesłanki o charakterze formalnym, uniemożliwiającej takiemu wykonawcy wniesienie odwołania. W analizowanym stanie faktycznym niewątpliwie Odwołujący posiada status wykonawcy, złożył bowiem ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, jest nadal zainteresowany udzieleniem przedmiotowego zamówienia publicznego, o czym świadczy fakt złożenia odwołania. Okoliczność upływu terminu związania ofertą nie powoduje utraty statusu wykonawcy i nie niweczy uprawnienia do skorzystania ze środków ochrony prawnej przez tego wykonawcę, szczególnie w sytuacji, gdy z całokształtu okoliczności sprawy wynika, że jest on nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego

zamówienia publicznego. Wobec powyższego wniosek o odrzucenie odwołania został przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że ewentualne przerwanie terminu związania ofertą lub jego upływ przesądza o braku możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. W tym stanie faktycznym, Odwołujący jest podmiotem, który dąży do uzyskania zamówienia, wniósł odwołanie a jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., XXIII Ga 924/14, w którym to wyroku Sąd stwierdził, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Przywołać także należy uchwałę z dnia 24 maja 2011 r., KIO/KD 44/11, w której „wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania.” W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą nie jest już związany, brak także przepisu, który nakazywałby zawarcie umowy przed upływem terminu związania ofertą. Zatem wyrażenie przez wykonawcę woli w przedmiocie związania ofertą po upływie okresu związania nie stoi na przeszkodzie do zawarcia umowy i tym samym nie uprawnia do uznania, że oferta przestała istnieć. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że

ustawodawca wiąże możliwość odrzucenia oferty jedynie z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, czyli z negatywnym oświadczeniem w tym zakresie. Oznacza to, że sam upływ terminu związania ofertą nie wywołuje sankcji z postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 7a Pzp.

Zgodnie z art. 252 ust. 1 NowePzp zamawiający jest obowiązany wybrać najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.

Jeżeli termin związania ofertą upłynie przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający będzie obowiązany wezwać wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty (art. 252 ust. 2 NowePzp).

W przypadku braku zgody, o której mowa w art. 252 ust. 2 NowePzp, zamawiający będzie obowiązany zwrócić się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że będą zachodzić przesłanki do unieważnienia postępowania.

Zakończenie postępowania

Przepis art. 2 pkt 7a Pzp nie określa wprost momentu zakończenia postępowania. Z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10 wynika, że postępowanie obejmuje okres od wszczęcia postępowania do udzielenia zamówienia (zwarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego). Na gruncie obowiązującej ustawy Pzp co do zasady postępowanie kończy się zatem z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania.

W przypadkach, o których mowa w art. 24aa ust. 2[14] oraz art. 94 ust. 3[15] Pzp (uchylanie się od zawarcia umowy lub niewniesienie wymaganego

[14] Zgodnie z art. 24aa ust. 2 Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia

zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza/wykonawcę, którego oferta została wybrana), zamawiający może natomiast zakończyć postępowanie odstępując od wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym samym udzielenia zamówienia, nie dokonując jednocześnie unieważnienia postępowania.

Przepisy art. 24aa ust. 2 i art. 94 ust. 3 Pzp mają charakter fakultatywny („może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert", „zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert", nie zaś „wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert").

Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający nie ma obowiązku wybrania oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny (tak m. in. w wyroku z dnia 8 sierpnia 2012 r., KIO 1594/12).

W opinii „Uchylanie się od zawarcia umowy przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych" Urząd Zamówień Publicznych, odnosząc się do możliwości wielokrotnego wyboru kolejnej oferty na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp, stwierdził, że „W sytuacji gdy wykonawca, który złożył

należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert. Przepis art. 24aa ust. 2 Pzp dotyczy tzw. „procedury odwróconej".

[15] Na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający - na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp - może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 Pzp.

najkorzystniejszą ofertę uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia umowy, zamawiający dokonuje wyboru kolejnej „najkorzystniejszej oferty" spośród ofert pozostałych bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny (...). Powyższe oznacza, że zostaje wybrana oferta następna w kolejności i uprawnienie powyższe przysługuje zamawiającemu tylko raz. Inne rozumienie tego przepisu mogłoby bowiem prowadzić w wyjątkowych sytuacjach do obowiązku wyboru oferty najmniej korzystnej, jeżeli wszyscy wyżej sklasyfikowani wykonawcy odmówiliby podpisania umowy, co byłoby wprost sprzeczne z zasadą celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi (arg. z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych...), a także celem przepisów ustawy, którym jest m.in. wybór oferty najkorzystniejszej"[16].

Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp, również uchyli się od zawarcia umowy, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp (postępowanie obarczone będzie wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Jeżeli w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę, która nie podlega odrzuceniu, a wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jest niezasadne. Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (zob. wyrok z dnia 25 lipca 2013 r., KIO 1717/13).

W wyroku z dnia 9 marca 2017 r., KIO 338/17, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do art. 94 ust. 3 Pzp, zwróciła uwagę, że „Praktyka orzecznicza wypracowała w tym zakresie zasadne stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą udzielenia tego zamówienia, albo -

[16] Inf. UZP 2012/9, s. 25.

w przypadkach określonych w art. 93 ust. 1 lub 1a Pzp - z chwilą unieważnienia postępowania. Gdyby przyjąć, że wszczęte postępowanie kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, jak twierdził Zamawiający to dokonywanie np. ponownego wyboru na zasadach wynikających z art. 94 ust. 3 Pzp byłoby drugim rozstrzygnięciem raz wszczętego postępowania. Nadto wątpliwym byłaby możliwość unieważnienia przez Zamawiającego już dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż byłyby to czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty. Nadto uznanie czynności Zamawiającego podjętych na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp za niemieszczące się w ramach prowadzonego przez niego postępowania powodowałoby niedopuszczalny brak jakiejkolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej przez innego wykonawcę. W tym zakresie wskazać należy na orzeczenie Sądu Najwyższego dotyczącego określania ram trwania postępowania wynikających z art. 2 pkt 7a Pzp. W uchwale z 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10, Sąd Najwyższy stwierdził, że „Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego" na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r., da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że ramy czasowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co do momentu w którym następuje zakończenie postępowania nie są jednoznaczne, szereg orzeczeń ustala ten termin na moment wyboru najkorzystniejszej oferty inne co wydaje się niewątpliwe to moment zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego (...)".

W nowej ustawie Pzp zakończenie postępowania zostało uregulowane w art. 254.

Zgodnie z art. 254 NowePzp Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania.

W art. 255 pkt 7 i art. 263 NowePzp ustawodawca odniósł się natomiast do sytuacji, gdy wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (analogicznie do art. 24aa ust. 2 i art. 94 ust. 3 Pzp), zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 7 NowePzp.

Zmiany w ocenie ofert przedstawiających taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert

Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem, a jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych (art. 91 ust. 4 Pzp).

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w

terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych (art. 91 ust. 5 Pzp).

Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach (art. 91 ust. 6 Pzp).

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest koszt rozumiany jako suma kosztu nabycia i innych kosztów cyklu życia, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takim samym koszcie, zamawiający wybiera ofertę z niższym kosztem nabycia albo z niższymi innymi kosztami cyklu życia, jeżeli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 5a Pzp).

W nowej ustawie Pzp wybór najkorzystniejszej oferty, gdy dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert ocena ofert oraz wybór oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, a nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, został uregulowany w art. 248 i 249 NowePzp.

Jeżeli nie będzie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert będą przedstawiać taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający będzie wybierać spośród tych ofert ofertę, która otrzymała najwyższą ocenę w kryterium o najwyższej wadze (art. 248 ust. 1 NowePzp).

Jeżeli oferty otrzymają taką samą ocenę w kryterium o najwyższej wadze, zamawiający będzie wybierać ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem (art. 248 ust. 2 NowePzp).

Jeżeli nie będzie można dokonać wyboru oferty w sposób, o którym mowa w art. 248 ust. 2 NowePzp, zamawiający będzie wzywać wykonawców, którzy

złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt (art. 248 ust. 3 NowePzp).

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych zawierających nową cenę lub koszt (art. 249 NowePzp).

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert będzie koszt rozumiany jako suma kosztu nabycia i innych kosztów cyklu życia, nie będzie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takim samym koszcie, zamawiający będzie wybierać ofertę: z niższym kosztem nabycia albo z niższymi innymi kosztami cyklu życia - pod warunkiem dopuszczenia takiego rozwiązania w dokumentach zamówienia (art. 250 ust. 1 NowePzp).

Jeżeli nie będzie można dokonać wyboru oferty w sposób, o którym mowa w art. 250 ust. 1 NowePzp, zamawiający będzie wzywać wykonawców, którzy złożyli te oferty do złożenia ofert dodatkowych zawierających nowy koszt nabycia, w terminie określonym przez zamawiającego (art. 250 ust. 2 NowePzp).

Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie będą mogli oferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w uprzednio złożonych przez nich ofertach (art. 251 NowePzp).

Zawarte w opracowaniu teksty i sygnatury orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej pochodzą z bazy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl, orzeczeń NSA lub WSA z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych dostępnej na stronie internetowej www.nsa.gov.pl, orzeczeń SA z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej na stronie internetowej www.orzeczenia.ms.gov.pl, a orzeczeń Sądu Najwyższego z bazy orzeczeń dostępnej na stronie internetowej www.sn.pl