

RYSZARD SZOSTAK

UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W TRYBIE TZW. ZAPYTANIA O CENĘ

Znaczne uproszczenia proceduralne w zakresie udzielania zamówień publicznych w trybie zapytania o cenę sprawiają, że jest to w praktyce jeden z najczęściej stosowanych sposobów zamawiania sprzętu, materiałów oraz innych dostaw i usług przez jednostki sektora finansów publicznych, zwłaszcza przez urzędy, szkoły, instytucje kultury, placówki publicznej służby zdrowia i pomocy społecznej. Z naturalnych względów regulacja prawna tego rodzaju postępowania rzutuje wyraźnie także na interesy przedsiębiorców, zwłaszcza drobnych dostawców i wykonawców świadczeń zamawianych na cele publiczne.

I. POJĘCIE

Według art. 69 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹ zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w ramach którego zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców (dostawców) i zaprasza ich do składania ofert. Ten sposób udzielenia zamówienia stanowi w istocie rodzaj unormowanego w kodeksie cywilnym przetargu pisemnego (art. 703 k.c.), zwanego w praktyce przetargiem zamkniętym². Zamawiający nie zaprasza bowiem do ubiegania się o zamówienie wszystkich zainteresowanych konkurentów w drodze publicznego ogłoszenia, lecz wybranych przez siebie (swobodnie, lecz nie dowolnie) wykonawców. Niezbyt fortunny określenie „zapytanie o cenę”³ pożytywane bywa niekiedy za uzasadnienie błędnie pojmowanego sondażu cenowego (niewiążącego), poprzedzającego bezpośrednie udzielenie zamówienia w drodze klasycznej oferty składanej przez zamawiającego wybranemu wykonawcy albo za podstawę możliwości ograniczenia treści oferty składanej przez „zapytanego” wykonawcę jedynie do samej propozycji ceny

¹ Zwana dalej p.z.p., Dz.U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.

² Por. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 37–38. Funkcjonował na gruncie przepisów § 32 i n. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. R.P. Nr 13, poz. 92).

³ Zaciążyła nad nim – jak się zdaje – terminologia z art. 19 i 40 ustawy modelowej UNCITRAL (Model Law on Procurement of Goods, Constructions and Services, Wien, Juli 1993), na której wzorowano się przy konstruowaniu art. 67 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.), zwłaszcza w nawiązaniu do „zaproszenia do składania ofert cenowych”.

(wynagrodzenia) deklarowanej na wypadek udzielenia mu zamówienia. Jednakże nowe unormowanie art. 69 p.z.p. eliminuje już większość występujących dawniej trudności interpretacyjnych przez wyraźne wskazanie na zamawiającego jako zapraszającego wybranych konkurentów do składania ofert. Z kolei z art. 71 ust. 2 p.z.p. normującego warunki udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę oraz z przepisów art. 82–95 p.z.p. regulujących ogólne zasady eliminacyjnego wyboru oferty wynika już jednoznacznie, że chodzi o procedurę przetargową, w ramach której indywidualnie zapraszani wykonawcy mogą składać oferty w rozumieniu art. 66 k.c., stanowiące kompletne propozycje zawarcia umowy⁴. W konsekwencji do zapytania o cenę stosować trzeba subsydlami kodeksowe przepisy o przetargu, zgodnie zresztą z generalnym odesłaniem z art. 14 p.z.p., w świetle którego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych – jako *lex specialis* – nie stanowią inaczej.

Procedury tej nie można łączyć z przetargiem ograniczonym w rozumieniu art. 47 p.z.p., który ukształtowany został na wzór europejski, jako postępowanie otwarte, rozpoczynane na podstawie ogłoszenia. W pierwszej jego fazie dokonuje się wstępnej selekcji konkurentów, ograniczając ich liczbę do liczby z góry ustalonej w ogłoszeniu (tzw. przetarg redukcyjny). Kwalifikacja odbywa się na podstawie oceny stopnia spełniania wymaganych warunków. Dopiero w dalszym toku postępowania zamawiający zaprasza wykonawców zakwalifikowanych do przetargu do składania ofert. Kolejne czynności przebiegają, tak samo jak w przetargu nieograniczonym.

Niebezpieczeństwo nadużycia analizowanej procedury przez niesumiennych urzędników reprezentujących instytucje zamawiające, zwłaszcza poprzez tendencyjny dobór zapraszanych wykonawców, legło zapewne u podstaw ustawowego ograniczenia dopuszczalności jej zastosowania tylko do drobnych zamówień, tzw. obrotu zaopatrzeniowego, obejmujących bieżące zakupy towarów i świadczenie usług powszechnie oferowanych, o ustalonych standardach jakościowych, nieprzekraczających wartości 137 tys. euro, a w sferze samorządowej 211 tys. euro⁵ (art. 70 p.z.p.). Nie bez znaczenia jest i to, że wykonawcy pominięci przy zapraszaniu do tego rodzaju eliminacji nie mogą korzystać z protestów i odwołań, ponieważ środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie konkurentom mającym interes prawny w uzyskaniu zamówienia⁶. Konkurent pominięty przy zapraszaniu może mieć co najwyżej interes faktyczny. Pojęcie interesu prawnego dotyczy

⁴ Odnośnie do pojęcia oferta przetargowa zob. zwłaszcza R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, KPP 2004, nr 1, s. 94 i n.

⁵ Jest to górna granica kwotowa drobnych zamówień publicznych, wynikająca z rozporządzenia Komisji 2004/1874/WE, powołanego w przypisie 8. Chodzi o zamówienia uzależnione całkowicie od rozwiązań prawa krajowego. Bliżej o tym A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych – Komentarze*, Kraków 2006, s. 137 i n.

⁶ Wyjątek dotyczy jednak organizacji zrzeszających wykonawców wpisanych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia takich środków, prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

bowiem jedynie korzyści związanej bezpośrednio z prawami i obowiązkami (sferą prawną) określonego podmiotu wynikającymi z jego udziału w konkretnym stosunku prawnym⁷. Za prawnie zainteresowanego w uzyskaniu zamówienia uważany może być zatem tylko rzeczywisty uczestnik rozpoczętego już postępowania, jako reflektant pozostający z zamawiającym w proceduralnym stosunku przedkontraktowym z tytułu zaproszenia połączonego z udostępnieniem mu warunków zamówienia, a potem wyłącznie oferent, który zdecydował się na złożenie oferty. Oferta pochodząca od wykonawcy niezaproszonego do jej złożenia podlega odrzuceniu. Dlatego przetarg zamknięty nie został objęty rozwiązaniami zawartymi w dyrektywach europejskich⁸. Jako procedura pozostająca całkowicie w domenie prawa krajowego może być dopuszczona jedynie poniżej progu kwotowego przesądzającego o zastosowaniu rozwiązań europejskich (aktualnie poniżej 137 (211) tys. euro przy zamawianiu dostaw i usług oraz 5,9 mln. euro przy zamawianiu robót budowlanych)⁹.

W wyniku przekazania zaproszenia do złożenia oferty wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) pomiędzy zamawiającym-organizatorem postępowania a zaproszonym wykonawcą nawiązuje się przedprzetargowy stosunek przygotowawczy jednostronnie zobowiązujący, w ramach którego zamawiający obowiązany jest w szczególności do udzielania wyjaśnień, rozpoznawania ewentualnych protestów i korygowania wadliwych dyspozycji warunków zamówienia (art. 38 p.z.p.). Dopiero z chwilą złożenia oferty przez zainteresowanego reflektanta stosunek ten przekształca się w wielostronnie wiążącą więź prawną generowaną porozumieniem proceduralnym, nawiązywanym poprzez przystąpienie ze strony każdego z oferentów do deklarowanych przez zamawiającego warunków przetargu¹⁰. Dlatego zamawiający-organizator już od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami zaproszenia, a także warunków przetargu (art. 701 § 4 k.c.).

⁷ Por. P. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 22 oraz uchwałę SN z dnia 17 lipca 2003 r. (III CZP-44/03) „Wokanda” 2004, nr 9, s. 2 z aprobującą glosą R. Szostaka, „Samorząd Terytorialny” 2004, nr 12, s. 80.

⁸ Por. przepisy nowych dyrektyw z dnia 31 marca 2004 r. Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez dostawców wody, energii, usług transportowych lub pocztowych oraz 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (OJ L 134, s. 1 i 114).

⁹ Por. rozporządzenie Komisji 2004/1874/WE z dnia 28 października 2004 r. w sprawie zmian dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE i 2004/18/WE w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie zamówień publicznych (OJ L 326, s. 17), zmienionego rozporządzeniem 2083/2005/WE z 19 grudnia 2005 r. (OJ L 333, s. 28).

¹⁰ Bliżej o proceduralno-instrumentalnym stosunku przetargowym zob. zwłaszcza G. Ćmikiwicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, część II, PPHZ 1983, nr 7, s. 31 i n., M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 85 i n.; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Księga pierwsza, część ogólna, Warszawa 2004, s. 313; J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 5, s. 7 i n. oraz Z. Radwański, *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne*, część ogólna (Suplement), Warszawa 2004, s. 63–64.

Podstawą prawną całej procedury jest bowiem wielostronny stosunek przedkontraktowy wynikający z porozumienia organizatora z uczestnikami przetargu zapewniającego niezbędne z punktu widzenia należytej organizacji toku postępowania związanie prawne i ochronę wzajemnych uprawnień stron. Zamawiający ma możliwość wywołać zainteresowanie zamówieniem i przeprowadzić zapowiedziane postępowanie, natomiast reflektanci akceptujący deklarowane warunki mają prawo co najmniej oczekiwać ich przestrzegania i sprawiedliwego rozstrzygnięcia przetargu. W szczególności przysługuje im możliwość podważenia zaczęcia błędnej czynności zamawiającego-organizatora, nie tylko w celu skorygowania wadliwego elementu procedury, lecz także w celu prawidłowego wypełnienia jej toku, którego nie wolno zmieniać, wstrzymywać ani zamykać bez wyboru oferty najkorzystniejszej, nieliczne zaś wyjątki dotyczą przypadku tzw. unieważnienia postępowania (art. 93 p.z.p.). Z kolei każdy z oferentów powinien spełniać wymagane warunki uczestnictwa w postępowaniu (art. 22–26 p.z.p.) pod rygorem niedopuszczenia do eliminacji, równoznacznego z tzw. wykluczeniem z postępowania, a ponadto zachować określone wymagania formalne przewidziane na wypadek złożenia oferty pod rygorem jej odrzucenia (art. 89 p.z.p.). Dopuszczalne jest złożenie tylko jednej oferty w formie pisemnej, w sposób zapewniający poufność jej treści ze względu na gwarancję ochrony zasad równości, bezstronności i uczciwej konkurencji. Oferty – tak jak w przetargu otwartym – przedkładane są równolegle, w oznaczonym terminie, zamykającym możliwość dalszego ich składania, a następnie pod nieobecność konkurentów podlegają kwalifikacji i porównawczej ocenie. Oferta spóźniona zwracana jest bez otwierania. Wszystkich konkurentów ubiegających się o zamówienie obciąża obowiązek lojalności i powstrzymania się od zachowań niedopuszczalnych z punktu widzenia przewidzianego toku przetargu, zwłaszcza od zachowań noszących znamiona czynu nieuczciwej konkurencji (np. tzw. zmowy przetargowej, dumpingu, czy złożenia nieprawdziwych informacji).

Podstawowe powinności zamawiającego-organizatora mają charakter organizacyjno-proceduralny, stymulują prawidłowy przebieg postępowania eliminacyjnego. Najpierw dokonuje on kwalifikacji ubiegających się o zamówienie konkurentów pod względem zasadności dopuszczenia ich do przetargu. Potem przeprowadza rzetelną kwalifikację ofert, albowiem te spośród nich, które uchybiają obowiązującym wymaganiom, muszą być odrzucone. Dopiero w trzeciej fazie postępowania eliminacyjnego odbywa się merytoryczna ocena ofert, przy zastosowaniu jedynego (w trybie zapytania o cenę) kryterium: wysokości żądanej za oferowany przedmiot ceny (wynagrodzenia). Na podstawie wyniku tej oceny dochodzi w końcu do wyboru oferty z najniższą ceną i jej przyjęcia skutkującego nawiązaniem ze zwycięskim oferentem autonomicznego stosunku cywilnoprawnego, kreującego dwustronny obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 94 p.z.p.). Zgodnie bowiem z art. 703 § 3 w zw. z art. 70⁷ § 3 k.c., jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator procedury przetargowej, jak i jej uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy.

W rezultacie charakter proceduralnego stosunku obejmującego tryb zapytania o cenę, a także charakter poszczególnych czynności zapadających w wykonaniu tego stosunku upoważnia do wniosku, że procedura ta będąca uproszczonym przetargiem pisemnym powinna być opatrzona bardziej sugestywną (w świetle prawa polskiego) nazwą, tym bardziej że nowe uniwersalne przepisy kodeksowe o przetargu dopuszczają rozmaite jego wersje.

II. PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA

W świetle ogólnego unormowania art. 10 p.z.p. podstawowymi sposobami udzielenia zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, a pozostałe procedury, w tym tryb zapytania o cenę (art. 70 p.z.p.), dopuszczalne są wyjątkowo, tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zastosowanie procedury zapytania o cenę zostało całkowicie wyłączone przy zamawianiu robót budowlanych, nawet drobnych robót remontowych obejmujących proste prace o ustalonych standardach (np. układanie parkietu, tynkowanie ścian czy montaż okien). Brak jakichkolwiek wyjątków wynika zapewne z założenia, że ta uproszczona procedura mogłaby być nadużywana do zamawiania różnych robót nietypowych, nienależących do świadczeń powszechnie oferowanych¹¹. Tymczasem *ratio legis* przepisu ograniczającego jej zastosowanie sprowadza się do tego, że dostawy i usługi tego samego rodzaju wszędzie dostępne o ustalonych standardach jakościowych mają zbliżoną cenę, w sytuacji naruszenia konkurencyjności postępowania od razu ujawnia się rozmiar uszczuplenia interesu publicznego.

Przez dostawy rozumie się świadczenia mające za przedmiot nabycie rzeczy, praw lub innych dóbr (energii, papierów wartościowych czy zwierząt) przez zamawiającego, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu (art. 2 pkt 2 p.z.p.). Ustawowy reżim udzielania zamówień publicznych nie dotyczy jednak umów o nabycie własności lub innych praw do nieruchomości, w tym umów o korzystanie z cudzych nieruchomości (por. wyłączenie z art. 4 pkt 3 lit. i p.z.p.)¹². Tak szerokie ujęcie dostaw zmusza do objęcia nimi także umów o nabycie praw autorskich lub wynalazczych, choć z drugiej strony według wspólnotowego słownika zamówień pożyczka i kredyt mieszczą się w pojęciu usług, bez względu na tradycyjne ich usytuowanie w typologii kontraktów cywilnoprawnych. Przez usługi bowiem należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane (zdefinio-

¹¹ W kategoriach usług, a nie robót budowlanych rozpatrywać należy rozmaite prace polegające na tzw. konserwacji i utrzymaniu obiektu budowlanego we właściwym stanie, choć w świetle przepisów europejskich malowanie pomieszczeń mieści się już w pojęciu robót budowlanych. Por. rozporządzenie z dnia 5 listopada 2002 r. Parlamentu Europejskiego i Rady 2195/2002/WE w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych (CPV).

¹² Połączenie umów o przeniesienie praw z umowami o korzystanie z cudzych rzeczy i praw w obrębie jednej grupy „dostaw” nastąpiło pod wpływem znaczących uproszczeń terminologicznych wynikających z dyrektyw europejskich. Występujące w praktyce trudności interpretacyjne na tle niezbyt fortunnego pojęcia „nabycie innych praw” usuwać trzeba w zgodności z wymaganiami prawa europejskiego.

wane w art. 2 pkt 8 p.z.p.) lub dostawy. Przyjęte uproszczenia klasyfikacyjne doprowadziły zatem do nadania pojęciu usług znaczenia dopełniającego. Z kolei, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy, jednakże gdy zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi polegające na rozmieszczeniu bądź instalacji dostarczanej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw, choć w przypadku robót budowlanych powiązanych z dostawami przedmiotów niezbędnych do ich wykonania – udzielenie zamówienia następuje z zastosowaniem przepisów dotyczących robót budowlanych (art. 6 p.z.p.).

Z powyższego wyraźnie wynika, że uproszczony podział zamówień na trzy rodzaje odnosi się jedynie do ich udzielania, a więc wyłącznie do czynności poprzedzających zawarcie umowy, natomiast nie podważa on przyjętej typologii kontraktów i ich kwalifikacji prawnej wynikającej z ogólnych przepisów prawa cywilnego, które są wiążące przy podpisywaniu i wykonywaniu każdej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym. Są to przede wszystkim dobra z zakresu bieżącego zaopatrzenia (żywność, materiały biurowe, opał, paliwo czy usługi pralnicze, sprzątnia, drukarskie itd.). Nie są nimi zaś przedmioty specjalnego przeznaczenia (wojskowo-policyjnego, medycznego, czy naukowego) albo rzeczy objęte wyłączną dystrybucją handlową ze strony określonej sieci dealerów (niektóre urządzenia, sprzęt, samochody). Podobnie za takie dobra nie mogą być uważane rozmaite usługi nietypowe, zwłaszcza wymagające szczególnych kwalifikacji (np. eksperckie, poszukiwawcze, artystyczne) albo rzadkiego bądź wyjątkowego zastosowania (np. geologiczne, detektywistyczne czy ratownicze)¹³.

Ustalone standardy jakościowe to przede wszystkim powtarzalne parametry techniczne przedmiotu świadczenia (trwałość, wytrzymałość, funkcjonalność, gabaryty itd.) bądź powtarzalne parametry technologiczne lub czynnościowe (przy usługach), chodzi o właściwości przedmiotu świadczenia, które są na tyle znane na rynku, że transakcja nie wymaga rozwiniętego opisu przedmiotu zamówienia i nie należy do transakcji skomplikowanych, jej zawarcie wystarczy poprzedzić przetargiem uproszczonym charakteryzującym się przeciętną konkurencyjnością postępowania. Nie ma znaczenia to, jak doszło do ustalenia tych standardów na rynku (ustabilizowania właściwości przedmiotu), pod wpływem norm i przepisów technicznych, standaryzacji związanej z procesem oceny zgod-

¹³ Por. M. Rzeźniczuk, *Jak udzielać zamówień publicznych po nowelizacji*, Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 108; T. Siedlecki, w: *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Warszawa 2004, s. 191 oraz T. Kwieciński, w: T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 192.

ności, zwyczajów handlowych, prostego naśladownictwa czy w inny sposób, byleby wszędzie na rynku zamawiany przedmiot świadczenia był taki sam pod względem swoich właściwości.

Powyższe przesłanki warunkujące dopuszczalność zastosowania procedury zapytania o cenę wyjątkowo nie są wiążące przy zamawianiu kilkunastu rodzajów usług wymienionych w art. 5 ust. 1 p.z.p. (socjalnych, hotelarskich, restauracyjnych, transportu kolejowego i żeglugi śródlądowej, prawniczych, szkoleniowych, zdrowotnych, ochrony osób i mienia, a także w dziedzinie kultury, sportu i rekreacji oraz doradztwa personalnego), w zakresie których zamawiający ma swobodę wyboru sposobu udzielenia zamówienia, byleby nie naruszył ustawowo ustalonego progu maksymalnej wartości zamówienia.

Wspomniane zagrożenia związane z różnymi praktykami ograniczania konkurencyjności postępowania i licznymi sposobnościami do nadużycia trybu zapytania o cenę w przypadkach niedozwolonych przyczyniły się do zredukowania możliwości jego zastosowania do zamówień nieprzekraczających wartości 137 (211) tys. euro. Chodzi o rynkową wartość zamówienia obejmującą całkowite wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku VAT, ustalone zawczasu przez zamawiającego z należytą starannością, a jeśli z jakichś racjonalnych powodów zamawiający kilkakrotnie zamierza udzielać zamówień tego samego rodzaju (podstawą oceny jest zwłaszcza plan finansowy), przy doborze procedury powinien kierować się sumaryczną wartością powtarzalnych zamówień (art. 32 p.z.p.). Jednakże podstawą ustalenia wartości zamówienia na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo (np. w zakresie dostarczania prasy bądź odbioru odpadów) jest, zgodnie z wyborem zamawiającego: łączna wartość zamówień na dostawy lub usługi należące do tego samego rodzaju, udzielonych w okresie 12 miesięcy lub w ogóle w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie (art. 34 p.z.p.). Jeśli jednak zamówienia udziela się na czas dłuższy niż 12 miesięcy, jego wartością jest wartość ustalona z uwzględnieniem rzeczywiście zakładanego okresu jego realizacji. Celem tych ograniczeń jest zapobieganie nadużywaniu procedur uproszczonych i unikaniu przetargu otwartego przy zamawianiu świadczeń o większej wartości w wyniku tzw. rozdrabniania przedmiotu zamówienia. Według art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁴ niedozwolone posłużenie się trybem zapytania o cenę obwarowane jest odpowiedzialnością karno-administracyjną.

III. USTALENIE WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Podobnie jak przy przetargu otwartym zamawiający powinien z góry ustalić warunki przetargu uproszczonego toczzonego w trybie zapytania o cenę, z tym,

¹⁴ Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114.

że od razu udostępnia je bez wezwania wraz z zaproszeniem do konkurencji każdemu z wybranych przez siebie wykonawców. Wyznaczają one wymagania dalszego toku postępowania oraz warunki zamierzonej umowy finalnej. Nie zależą jednak całkowicie od swobodnej woli organizatora postępowania, lecz w interesie publicznym w dużym stopniu normowane są przepisami bezwzględnie wiążącymi zawartymi w art. 36 p.z.p. Zaproszenie do przetargu i wyodrębnione redakcyjnie warunki zamówienia nie mają samodzielnego znaczenia, nawet gdy wyrażone zostały w postaci osobnych dokumentów. Pozostają ze sobą w sprzężeniu (art. 701 § 2 i 4 k.c.), tworząc łącznie jedno źródło generujące stosunek przetargowy¹⁵. Jest to tzw. dokumentacja przetargowa, którą udostępnia się nieodpłatnie (art. 37 p.z.p.). Spośród objętych ogólnym wyliczeniem z art. 36 ust. 1 p.z.p. warunków zamówienia niektóre mogą być pominięte z uwagi na drobną wartość przedmiotu (do 137 (211) tys. euro), zwłaszcza określenie waluty, w jakiej dokonane zostanie rozliczenie zapłaty za wykonanie zamówienia, opis kryteriów pozacenowych (wyłącznym kryterium wyboru jest cena) oraz ustalenie formalności poprzedzających zawarcie umowy finalnej. Z mocy art. 36 ust. 2 p.z.p. są to bowiem warunki fakultatywnego zastosowania. Jednocześnie zgodnie z art. 71 ust. 2 zd. 2 p.z.p. całkowicie wyklucza się zastrzeżenia dotyczące możliwości udzielenia w przyszłości tzw. zamówień uzupełniających, dopuszczalności przedstawiania ofert wariantowych, ustanowienia wadium, a także zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Po doręczeniu zaproszeń i warunków przetargu wybranym wykonawcom zamawiający obowiązany jest udzielać im niezwłocznie wszelkich wyjaśnień (z zachowaniem zasady równego dostępu do informacji), chyba że prośba o wyjaśnienie treści s.i.w.z. wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert (art. 38 ust. 1–3 p.z.p.). Niezależnie od tego zamawiający powinien należycie załatwiać ewentualne protesty, z którymi mogą obecnie występować wszyscy zainteresowani zamówieniem, bez względu na wartość przedmiotu zamówienia. Zamawiający, z własnej inicjatywy, pod wpływem okoliczności towarzyszących wyjaśnianiu wątpliwości, czy też wskutek uwzględnienia protestu może w szczególnie uzasadnionych przypadkach, w każdym czasie, przed upływem terminu do składania ofert, zmodyfikować określone dyspozycje warunków zamówienia, z wyjątkiem jednak warunków uczestnictwa w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania (art. 38 ust. 4–6 p.z.p.). W razie potrzeby zamawiający musi przedłużyć termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z dokonanej modyfikacji s.i.w.z. Wyjątkową możliwość modyfikacji warunków zamówienia rozpatrywać trzeba w kategoriach szczególnego uprawnienia kształtującego, przysługującego zamawiającemu z mocy ustawy, wymagającego złożenia oświadczenia woli wszystkim zainteresowanym, ograniczonego terminem, po którego upływie warunki zamówienia stają się ostatecznie wiążące, chyba że są sprzeczne z prawem¹⁶.

¹⁵ Por. R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 46.

¹⁶ Por. R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 49.

Wyznaczenie warunków udziału w przetargu wraz ze wskazaniem sposobu oceny ich spełniania oraz oświadczeń i dokumentów, jakie ubiegający się o zamówienie oferenci powinni przedłożyć celem potwierdzenia spełnienia tych warunków, otwiera listę wymagań proceduralnych. Według zasad europejskich (zob. art. 44–48 dyrektywy nr 2004/18/WE) zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy zdolnemu do należytego jego wykonania i wiarygodnemu. W ogóle nie wolno udzielać zamówień osobom skazanym za niektóre przestępstwa lub poważne wykroczenia zawodowe, a także jednostkom organizacyjnym posługującym się takimi osobami w charakterze członków organów zarządzających. Oprócz bezwzględnie koniecznych wymagań ustawowych oferenci muszą spełniać też warunki i właściwości ustalone przez samego zamawiającego, choć w granicach ustawowo zakreślonych. W świetle art. 22 p.z.p. o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy są uprawnieni do wykonywania określonej działalności (regulowanej, objętej zezwoleniami, koncesjonowanej lub choćby tylko zwyczajnie zalegalizowanej), dysponują uprawnieniami do wykonywania ustawowo zastrzeżonych czynności (dotyczy osób z certyfikatami zawodowymi), posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz wystarczający potencjał techniczny, dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pracownikami, podwykonawcami), a także znajdują się w sytuacji majątkowej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Wymogi w zakresie predyspozycji do należytej realizacji zamówienia ustala sam zamawiający, kierując się rzeczywistymi potrzebami w odniesieniu do ilości i jakości zamawianego świadczenia. Bardzo łatwo więc o różne praktyki dyskryminacyjne, stąd nie wolno mu kształtować warunków udziału w przetargu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Poza tym z ubiegania się o udzielenie zamówienia wykluczeniu podlegają zwłaszcza wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 3 lat dopuścili się niewykonania lub nienależytego wykonania jakiegokolwiek zamówienia publicznego, wyrządzając szkodę, której nie naprawili, otworzyli likwidację bądź popadli w upadłość, zalegają z uiszczaniem podatków (opłat lub składek publicznoprawnych), zostali prawomocnie skazani za przestępstwa związane z udzielaniem zamówień, przekupstwa lub przeciwko bezpieczeństwu obrotu gospodarczego bądź za inne przestępstwa popełnione z pobudek majątkowych albo jako jednostki organizacyjne dopuszczają osoby skazane do czynności zarządzających bądź też złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania (art. 24 p.z.p.).

Weryfikacji wszystkich tych okoliczności dokonuje zamawiający w trakcie badania ofert, na podstawie stosownego oświadczenia-deklaracji i ewentualnych dokumentów dodatkowych towarzyszących ofercie, których zamawiający może żądać w niezbędnym zakresie w ramach kształtowania warunków uczestnictwa celem dowodowego potwierdzenia ich spełniania (art. 44 w zw. z art. 73 p.z.p.)¹⁷. Niespełnienie choćby pojedynczego warunku uczestnictwa w przetargu bądź zło-

¹⁷ Rodzaj dokumentów, jakich fakultatywnie można wymagać przy udzielaniu zamówień o wartości nieprzekraczającej 137 (211) tys. euro, określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605).

zenie oświadczenia (dokumentu) z brakami dyskwalifikuje z udziału w przetargu, wykonawca podlega wykluczeniu, a złożona przez niego oferta – odrzuceniu.

Określenie sposobu przygotowania oferty przetargowej ze wskazaniem miejsca i terminu jej złożenia, a także jawnego jej otwarcia ma duże znaczenie praktyczne. Umożliwia realizację zasad równości i uczciwej konkurencji. W szczególności w przetargu każdy reflektant może złożyć tylko jedną ofertę, w formie pisemnej pod rygorem nieważności albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 82 p.z.p.)¹⁸. Treść oferty powinna odpowiadać treści s.i.w.z. pod rygorem jej odrzucenia, głównie dlatego, że zakres świadczenia wykonawcy według umowy zawartej w następstwie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być tożsamy z jego zobowiązaniem wyrażonym w ofercie, umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w s.i.w.z. (art. 140 p.z.p.). Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę. Ofertę złożoną po terminie zwraca się bez otwierania po upływie 7-dniowego terminu przewidzianego na wniesienie protestu.

Pod względem znaczenia prawnego oferta przetargowa odpowiada pojęciu oferty z art. 66 k.c. rozumianej jako stanowcza propozycja zawarcia umowy. Przyjęcie oferty z zastrzeżeniami jest w zasadzie wykluczone, z wyjątkiem przypadku tzw. oferty częściowej (zob. dalej). Funkcjonujące niekiedy w praktyce w odniesieniu do procedury zapytania o cenę pojęcie tzw. oferty cenowej stanowi jedynie przejaw swoistego uproszczenia. Z istoty swej oferta jest kompletna, w tym sensie, że obejmuje wszystkie elementy zobowiązania (umowy), a nie tylko propozycję w zakresie samej ceny, natomiast pod względem redakcyjnym oferta składana w trybie zapytania o cenę ogranicza się zazwyczaj do wskazania ceny żądanej za przedmiot zamówienia, ponieważ pozostałe elementy objęte są prostą akceptacją warunków (tzw. oferta wywołana)¹⁹, bardzo często w postaci podpisania przez oferenta gotowego projektu umowy.

Termin składania ofert powinien uwzględniać czas niezbędny na przygotowanie i przedłożenie oferty (art. 64 w zw. z art. 73 p.z.p.). Z praktyki wynika, że wynosi on ok. 10 dni. Miejsce i termin otwarcia ofert powinny być także z góry wyznaczone w warunkach zamówienia w celu wymuszenia późniejszego ich zachowania wobec konkurentów. Powyższe terminy stanowią rodzaj terminu z woli stron, który niekoniecznie musi kończyć się z upływem pełnego ostatniego dnia, jego bieg często wyczerpuje się nieco wcześniej o określonej godzinie przed końcem ostatniej doby²⁰.

Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia tzw. oferty częściowej, zawierającej propozycję wykonania jedynie części zamówienia, jeżeli jego przed-

¹⁸ Por. bliżej M. Drozdowicz, *(Nie)bezpieczny podpis elektroniczny*, PPH 2003, nr 1, s. 10 i n.

¹⁹ Por. zwłaszcza A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 283 oraz M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne)*, Warszawa 2001, s. 127 i n.

²⁰ Por. R. Szostak, *Bieg niektórych terminów przewidzianych w prawie zamówień publicznych*, *Zamówienia Publiczne – Doradca* 2005, nr 5, s. 12 i n.

miot jest podzielony. Poszczególne części przedmiotu wymagają dokładnego wyodrębnienia z góry w warunkach zamówienia. W takim przypadku oferta może obejmować jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający zastrzeże maksymalną liczbę części, które mogą być objęte przez jednego wykonawcę (art. 83 p.z.p.). Z ustawy pośrednio wynika, że gdy oferta obejmuje kilka części zamówienia, stanowi w istocie połączenie wielu propozycji, które podlegają odrębnej ocenie w toku przetargu, *in casu* może zatem się okazać, że konkretna oferta będzie najkorzystniejsza dla zamawiającego w zakresie tylko niektórych części zamówienia, a w pozostałych zostanie wyeliminowana na rzecz ofert złożonych przez innych wykonawców. W konsekwencji w pojedynczym postępowaniu może dojść do wyłonienia kilku zwycięskich oferentów i zawarcia większej liczby umów. Nie wydaje się jednak, aby zachodziła konieczność operowania rozwiązaniem, według którego jeśli konkurent ubiega się o całe lub znaczną część zamówienia, powinien złożyć równoległe kilka odrębnych ofert częściowych. Prowadziłoby to do niepotrzebnej kolizji z zasadą jednej oferty przetargowej (art. 82 ust. 1 p.z.p.) i zasadą przedmiotowej zgodności umowy z ofertą (art. 140 p.z.p.). Wystarczającą konstrukcją będzie – jak się zdaje – dopuszczenie odrębnej oceny wartościującej poszczególnych elementów oferowanego zobowiązania z uwarunkowanym przyjęciem oferty.

Określenie z góry terminu związania ofertą przetargową zapewnia zachowanie prawidłowego toku postępowania. Złożona oferta musi bowiem przez pewien czas wiązać oferenta, tak żeby zamawiający zdołał poddać rzetelnej ocenie wszystkie złożone oferty, wybrać najkorzystniejszą i doprowadzić do zawarcia ważnej umowy, a w razie gdyby zwycięski oferent uchylił się od zawarcia umowy, zamawiający powinien dysponować jeszcze możliwością wyboru kolejnej oferty (art. 94 ust. 2 p.z.p.). Żaden z oferentów nie może zapobiec tym konsekwencjom²¹. Kodeks cywilny realizuje zasadę nieodwoływalności oferty przetargowej po nadejściu terminu przetargu połączonego z otwarciem ofert (art. 703 § 1 k.c.). Oferent traci możliwość uwolnienia się od stanu związania poprzez kolejne oświadczenie woli (art. 84 ust. 1 p.z.p.), dlatego termin związania ofertą wyznacza jednakowo dla wszystkich sam zamawiający, a oferta niezgodna z tym zastrzeżeniem podlega odrzuceniu. Termin związania ofertą staje się elementem treści każdej oferty (w wyniku dostosowania jej do zastrzeżenia), gdyż w przeciwnym wypadku byłaby ona ofertą bezterminową. Okres związania ofertą nie może być zbyt długi, ponieważ rzutuje na sytuację prawną oferenta, należy go ograniczyć tylko do czasu niezbędnego do uporania się z rozstrzygnięciem przetargu. Przy udzielaniu drobnych zamówień publicznych o wartości do 137 (211) tys. euro nie powinien być on dłuższy niż 30 dni, choć w uzasadnionym przypadku zamawiający może zwrócić się do oferentów (jednorazowo) o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż kolejne 30 dni. Odmowa zgody na przedłużenie okresu związania ofertą pociąga koniecz-

²¹ O związaniu ofertą zob. szczegółowo B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego* (art. 66–72 k.c.), Kraków 1977, s. 48 i n.

ność wykluczenia oferenta z postępowania i odrzucenie jego oferty (art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p.).

Wskazanie na jedyne kryterium ceny należy do istotnych warunków procedury zapytania o cenę. Zgodnie z art. 72 p.z.p. każdy z wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Oferta z ewentualną ceną alternatywną musi być odrzucona. Nie prowadzi się żadnych negocjacji w sprawie ceny. Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę. Problem określenia kryterium oceny ofert wymaga rozwinięcia w razie dopuszczenia tzw. ofert częściowych o dalsze zasady operowania tym kryterium.

Proceduralne warunki zamówienia wyczerpują się na ustaleniu niezbędnych instrukcji i pouczeń dla oferentów, stosownie do dyspozycji art. 36 ust.1 pkt 10, 11 i 22 p.z.p.

Opis przedmiotu zamówienia z ewentualnym jego podziałem na części to podstawowy element warunków zamówienia, który *via* oferta wprowadzony zostaje każdorazowo do umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 140 p.z.p.). Chodzi o dostateczną indywidualizację świadczenia niepieniężnego albowiem swoisty automatyzm procedury nie zezwala na jakiegokolwiek negocjacje uzupełniające po wyborze oferty najkorzystniejszej. Szczegółowe zasady opisu przedmiotu zamówienia narzucają przepisy art. 29–30 p.z.p., które stanowią *lex specialis* względem ogólnych reguł konkretyzacji świadczeń niepieniężnych zawartych w kodeksie cywilnym. Po pierwsze, przedmiot należy zidentyfikować z uwzględnieniem jego oficjalnej nazwy i kodu według CPV. Po drugie, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych przy przestrzeganiu (a nie przywoływaniu) Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane, a w razie ich braku lub w przypadku konfliktu między różnymi rodzajami norm technicznych stosuje zasady wyrażone w art. 30 p.z.p. Po trzecie, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z uwagi jednak na fakt, że w przetargu uproszczonym mogą być zamawiane tylko dostawy i usługi o ustalonych standardach (powszechnie znane), opis przedmiotu zamówienia nie musi być zbyt szczegółowy, wystarczy odwołać się do tych standardów. Po czwarte, w świetle art. 29 ust. 2–3 p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jego identyfikacja, jak i opis właściwości powinny być neutralne, w oderwaniu od nazw handlowych i innych elementów podmiotowo odróżniających. W szczególności przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub zamawiający nie może opisać zamawianego przedmiotu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” bądź inne równoznaczne zastrzeżenie.

Tytułem ochrony interesu publicznego na wypadek posłużenia się przez wykonawcę wyłonionego w przetargu osobami trzecimi działającymi w charakterze

jego wyřęczylieli (podwykonawców) zamawiający musi zgodnie z art. 36 ust. 4 p.z.p. żądać od każdego ubiegającego się o zamówienie konkurenta wskazania z góry w ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć innej osobie. Chodzi o to, aby podwykonawstwo zawczasu mogło być zweryfikowane, zwłaszcza żeby podwykonawca był zdolny do należytego wykonania zamówienia i nie był gorszy od samego wykonawcy, choć – jak wiadomo – ten, kto posługuje się innymi osobami przy realizacji zobowiązania, odpowiada za ich zachowania, tak jak za swoje własne działania i zaniechania (art. 474 k.c.). Poza tym zamawiający może też zastrzec w s.i.w.z., która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom (art. 36 ust. 5 p.z.p.). Ograniczenie to ma znaczenie przy niektórych usługach wymagających szczególnych umiejętności ze strony wykonawcy. Zamawiającemu nie wolno jednak kształtować warunków zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 7 ust. 1 p.z.p.).

Termin wykonania zamówienia, ze względu na ochronę interesu publicznego, należy do podmiotowo istotnych warunków umowy. Ustala go z góry sam zamawiający stosownie do potrzeb publicznych, które mają być zaspokajane w wyniku udzielenia zamówienia, a także w zgodzie z dyspozycjami planu finansowego i możliwościami płatniczymi²². Tylko w nielicznych wypadkach zamówienia można udzielić na czas nieoznaczony, gdy obejmuje ono tzw. sieciowe dostawy wody, energii elektrycznej, gazu i ciepła albo usługi odbioru ścieków. Wyznaczenie terminu wykonania zamówienia równoznaczne jest z reguły z zastrzeżeniem terminu spełnienia świadczenia wskazującego na jego wymagalność (art. 455 k.c.), chyba że idzie o termin kończący zobowiązanie ze skutkiem rozwiązującym (art. 116 § 2 k.c.), zwłaszcza przy zobowiązaniach trwałych (np. z najmu, dzierżawy lub leasingu).

Opis sposobu obliczenia ceny należnej za zamawiany przedmiot umożliwia zachowanie jednakowej podstawy porównania ofert, a także usuwa nieporozumienia pomiędzy stronami w czasie realizacji zamówienia (np. w razie tylko częściowego jego wykonania). W wypadku dopuszczenia indeksacji wysokości zapłaty, konieczne jest wskazanie właściwego wskaźnika oraz pułapu dopuszczalnego wzrostu wartości zobowiązania pieniężnego w postaci warunku rozwiązującego.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 p.z.p.). Jest to również warunek prawny (przrzeczenie udzielenia zamówienia do zastrzeżonej kwoty), choć odroczone w czasie. Ustalenie tej kwoty odbywa się na podstawie należytego oszacowania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem podatku VAT. Jeżeli później w trakcie oceny ofert okaże się, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższy kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie podlega unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), chyba

²² Por. art. 138 pkt 2–3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104), zwana dalej ustawą o f.p.

że ujawni się błąd w oszacowaniu wartości zamówienia, wymagający korekty (ze skutkiem *ex nunc*), pod rygorem odpowiedzialności za unieważnienie postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (art. 93 ust. 4 p.z.p.).

Określenie dalszych istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy o zamówienie publiczne, wyczerpuje krąg „zapowiadanych” z góry warunków umowy. Te dalsze postanowienia to przede wszystkim dodatkowe zastrzeżenia umowne (dotyczące kar umownych, odstąpienia od umowy, czy harmonogramu dostaw) oraz rozmaite wymogi z zakresu współdziałania stron przy spełnianiu świadczenia niepieniężnego, warunki płatności itd. W praktyce dla uproszczenia często doręcza się oferentom gotowy projekt umowy do akceptacji, który staje się następnie integralnym składnikiem oferty.

Informacja o formalnościach, jakie powinny być dopełnione w związku z zawarciem umowy docelowej, ma tylko znaczenie instrukcyjne, ponieważ obecnie – tak jak przy przetargu otwartym – wybór oferty nie prowadzi do automatycznego nawiązania umowy, lecz jedynie do wykreowania obowiązku jej zawarcia.

IV. DORECZENIE ZAPROSZEŃ DO SKŁADANIA OFERT

Obok wezwania do konkurencji zaproszenie do składania ofert powinno zawierać także objaśnienie celu i znaczenia procedury ze wskazaniem na załączone warunki przetargu. Według art. 27 p.z.p. wymaga ono formy pisemnej, choć może być też doręczone faksem lub drogą elektroniczną, ale na żądanie zamawiającego wymaga niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania.

Doniosłym wymogiem ustawowym warunkującym zastosowanie analizowanej procedury jest zaproszenie do składania ofert takiej liczby wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, żeby została zapewniona konkurencja oraz wybór oferty najkorzystniejszej, nie mniej niż pięciu (art. 71 ust. 1 p.z.p.). Ustawa wymusza zatem konieczność uprzedniego upewnienia się, czy wszyscy zaproszeni wykonawcy rzeczywiście zajmują się świadczeniem zamawianych dostaw lub usług, aby w razie potrzeby można było rozszerzyć krąg zaproszonych. Nie wydaje się jednak, że chodzi tu o zaproszenie wyłącznie wykonawców zajmujących się zawodową działalnością gospodarczą, wbrew ogólnej zasadzie równego dostępu do zamówień publicznych (art. 33 ustawy o f.p.), lecz jedynie o problem zdolności do należytego wykonania zamówienia, o którego udzielenie mogą ubiegać się także osoby niezajmujące się zawodową działalnością gospodarczą. Rolą zaś tego niezbyt fortunnego zastrzeżenia ustawowego jest przeciwdziałanie praktykom nieuczciwego ograniczania konkurencji poprzez zapraszanie do składania ofert podmiotów niezdolnych do należytego wykonania zamówienia albo nawet w ogóle niezainteresowanych udziałem w postępowaniu (wytworzenia stanu rzekomej konkurencji). Podstawową bowiem przesłanką dozwolonego kontynuowania procedury zapytania o cenę jest zaproszenie takiej liczby wykonawców, aby zaistniał stan potencjalnej konkurencji (reprezentatywny krąg konkurentów), a w przypadku wyjątkowej niemożności efektywnego jej spełnie-

nia wystarczy zaprosić choćby tylko pięciu realnych konkurentów²³. Naruszenie powyższego wymogu uzasadnia odpowiedzialność karno-administracyjną osoby odpowiedzialnej za udzielenie zamówienia.

V. OCENA OFERT I WYBÓR OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ

Po zebraniu ofert zamawiający przystępuje w terminie ustalonym z góry do ich jawnego otwarcia, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, musi być jednocześnie dniem ich otwarcia (art. 86 ust. 2 p.z.p.). Do tego czasu nie można zapoznać się z zawartością przesylek ofertowych ze względu na ochronę uczciwej konkurencji. Otwarcie jest jawne, w posiedzeniu mogą wziąć udział zwłaszcza wykonawcy, którzy złożyli oferty. Posiedzenie prowadzi upoważniona osoba działająca w imieniu zamawiającego. Komisja przetargowa nie jest konieczna, ponieważ przy udzielaniu drobnych zamówień ustanowienie jej pozostaje fakultatywne (art. 19 p.z.p.). Jednakże do osób wykonujących czynność w postępowaniu po stronie zamawiającego-organizatora zastosowanie mają ograniczenia z art. 17 p.z.p. W szczególności osoba pozostająca z którymkolwiek z wykonawców ubiegających się o zamówienie w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności, podlega wyłączeniu i musi być zastąpiona inną osobą. Samo otwarcie ofert polega na ich prezentacji, podaje się nazwy (firmy) oraz adresy oferentów, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji i warunków płatności proponowanych w poszczególnych ofertach (art. 86 ust. 4 p.z.p.). Informacje te przekazuje się niezwłocznie wykonawcom, którzy nie byli obecni przy otwarciu ofert, na ich wniosek.

W ramach oceny ofert najpierw weryfikuje się spełnianie podmiotowych warunków uczestnictwa w postępowaniu. Możliwe są więc wykluczenia. Zamawiający zawiadamia wykonawcę o wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie, podając mu uzasadnienie faktyczne i prawne, natomiast oferta jego podlega odrzuceniu, o czym należy zawiadomić także pozostałych konkurentów (art. 24 ust. 3–4 p.z.p.). Oba powyższe oświadczenia mogą być objęte jednym pismem.

Nie można uzupełniać ofert ani towarzyszących im dokumentów. Brak choćby pojedynczego dokumentu albo niewystarczająca jego treść kwalifikują zasadniczo wykonawcę do wykluczenia. Jednakże zamawiający wzywa wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do uzupełnienia tych dokumentów w określonym czasie, chyba że mimo ich nieuzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 p.z.p.). Poza tym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty, zwłaszcza w zakresie oferowanej ceny, ani dokony-

²³ Por. też T. Kwieciński, op. cit., s. 193.

wania jakichkolwiek zmian w jej treści (art. 87 p.z.p.). Wyjątkowo zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Omyłki rachunkowe zamawiający koryguje wyłącznie w zakresie i trybie określonym w art. 88 p.z.p.

W dalszej kolejności zamawiający sprawdza zgodność każdej oferty z obowiązującymi wymaganiami formalnymi. Według art. 89 zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

- jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (np. z art. 14, 82–83 i 78 k.c.),
- jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia,
- jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji²⁴, zwłaszcza popełniony w okolicznościach zmowy przetargowej lub innej pozornej rywalizacji albo rzekomej tajemnicy handlowej bądź niedozwolonego naśladownictwa produktu,
- zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (dumping), potwierdzoną sprawdzeniem dokonany w trybie art. 91 p.z.p.,
- została złożona przez wykonawcę wykluczonego lub w ogóle niezaproszonego do składania ofert,
- zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie da się skorygować w trybie art. 88 p.z.p.,
- wykonawca w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny,
- w jakikolwiek inny sposób uchybia ustawie, np. złożona została bez zgody przedstawiciela ustawowego (art. 18 k.c.) albo przez rzekomego pełnomocnika (art. 103 k.c.)²⁵.

W wyniku doręczenia oświadczenia woli o odrzuceniu oferty zakwestionowana oferta gaśnie nieodwołalnie (art. 68 k.c.). Jeżeli jednak odrzucenie okazało się bezpodstawne (np. w obliczu uwzględnienia protestu) zniesienie stanu związania nie nastąpi, a ofertę należy dopuścić do merytorycznej oceny. Oświadczenie o odrzuceniu oferty wymaga uzasadnienia faktycznego (okoliczności dyskwalifikacji) oraz uzasadnienia prawnego (wyjaśnienia podstawy ustawowej), a także notyfikacji konkurentom, ponieważ rzutuje na ich sytuację prawną.

Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch prawidłowych ofert niepodlegających odrzuceniu, procedura nie może być kontynuowana, a zamawiający ma obowiązek przedwczesnego zamknięcia postępowania na drodze jego unieważnienia z uwagi na niemożność prawną wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 93 ust. 1 pkt 2 p.z.p.)²⁶.

Dopiero w trzecim etapie kolaudacji dochodzi do merytorycznej oceny ofert, która przebiega w sposób uproszczony, ponieważ następuje wyłącznie na pod-

²⁴ W rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

²⁵ Por. R. Szostak, *Odrzucenie oferty*, *Zamówienia Publiczne – Doradca* 2005, nr 4, s. 8.

²⁶ O znaczeniu tego sposobu zakończenia postępowania zob. R. Szostak, *Unieważnienie postępowania*, *Zamówienia Publiczne – Doradca* 2005, nr 7, s. 8 i n.

stawie porównania oferowanych cen. Każdy z zaproszonych wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną, powiadamiając o tym niezwłocznie wszystkich ubiegających się o zamówienie konkurentów, czyli tych, którzy zdecydowali się na złożenie oferty²⁷.

Wbrew temu, co zdaje się sugerować art. 72 ust. 2 p.z.p., zamawiający nie udziela zamówienia publicznego od razu w wyniku wyboru oferty z najniższą ceną, lecz zgodnie z art. 94 p.z.p. przyjęcie oferty kreuje jedynie dwustronny obowiązek zawarcia umowy finalnej w terminie nie krótszym niż 7 dni, nie później jednak niż przed upływem terminu związania ofertą tak, aby w razie uchylecia się zwycięskiego oferenta od podpisania umowy zamawiający zdołał wybrać jeszcze kolejną ofertę.

W obliczu wyłączenia możliwości zastrzeżenia wadium w ramach procedury zapytania o cenę, a także zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zastosowanie dwustopniowego rozwiązania z art. 94 ust. 1 p.z.p. *de lege ferenda* nie wydaje się trafne, ponieważ niepotrzebnie komplikuje postępowanie, rozszerzając je o dodatkowy element dwustronnego obowiązku kontraktowania, oraz naraża zamawiającego na trudności związane z dochodzeniem odszkodowania w wypadku uchylecia się zwycięskiego oferenta od przymusu zawarcia umowy przyrzeczonej. Wzorem rozwiązań niemiecko-austriackich²⁸ lepsze byłoby chyba dopuszczenie bezpośredniego działania art. 703 § 3 k.c., według którego do umowy dochodzi od razu w wyniku przyjęcia oferty najkorzystniejszej. Natomiast w celu stworzenia możliwości efektywnego zaskarżenia wyniku postępowania w drodze protestów wystarczyłoby wprowadzić ustawową konieczność powstrzymania się z przyjęciem oferty (z automatycznym zawarciem umowy) do czasu bezskutecznego upływu 7-dniowego terminu na wniesienie protestu lub jego ostatecznego rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 182 ust. 2 p.z.p. Najpierw zatem zamawiający zawiadamiałby wszystkich konkurentów o wyborze oferty najkorzystniejszej (oświadczenie wiedzy), a dopiero potem składałby zwycięskiemu oferentowi oświadczenie o przyjęciu jego oferty. Problem formy pisemnej umowy w sprawie zamówienia publicznego załatwiałby ustawowy wymóg złożenia oferty oraz jej przyjęcia w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający zwraca wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaproponować cen wyższych, niż zaoferowane zostały uprzednio w złożonych ofertach pod rygorem odrzucenia oferty jako sprzecznej z ustawą (art. 91 ust. 5–6 p.z.p.). Nieco wbrew swojej nazwie „oferta dodatkowa” stanowi

²⁷ Odmiennie jednak T. Siedlecki, op. cit., s. 195, według którego trzeba powiadomić wszystkich zaproszonych.

²⁸ Por. bliżej o tym R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 160–161.

jedynie wyjątkowo dopuszczalną zmianę pierwotnie oferowanej ceny²⁹. W razie gdyby okazało się, że oferty dodatkowe znowu zawierają taką samą cenę, postępowanie należy zamknąć w drodze jego unieważnienia ze względu na niemożność wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 93 ust. 1 pkt 5 p.z.p.).

Poza przypadkami wymienionymi powyżej zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania jeszcze w trzech innych sytuacjach, a mianowicie gdy okaże się, że:

- cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia³⁰,
- wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,
- postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W toku procedury zamawiający na bieżąco prowadzi protokół postępowania o udzielenie zamówienia w wersji uproszczonej (art. 96 p.z.p.), obejmujący opis przedmiotu zamówienia, uzasadnienie uproszczonego trybu jego udzielenia, informacje o wykonawcach, cenę i inne istotne elementy każdej z ofert oraz wskazanie wybranej oferty. Dokumenty w postaci ofert, opinii biegłych, oświadczeń, zawiadomień i inne dokumenty (informacje) składane przez zamawiającego i wykonawców, a także dokument umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Protokół wraz z tymi załącznikami jest jawny, lecz same załączniki udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (unieważnieniu postępowania), jednakże oferty są jawne już od chwili ich otwarcia. Tylko wyjątkowo nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

VI. ZAWIERANIE UMOWY FINALNEJ

Udzielenie zamówienia wykonawcy, który zaferował najniższą cenę, następuje w wykonaniu dwustronnego obowiązku zawarcia umowy przyrzeczonej. Obie strony (każda na żądanie drugiej) obciążone są powinnością złożenia oznaczonego oświadczenia, którego treść zostaje ostatecznie zindywidualizowana w wyniku wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej. Jeżeli z warunków zamówienia nie wynika nic innego, sposób i miejsce wywiązania się z tej powinności uzgadniane są *ad hoc* przez strony, bezpośrednio przed zawarciem umowy. W razie posłużenia się sposobem ofertowym zastosowanie znajdzie art. 70 § 1 k.c., zgodnie

²⁹ Ibidem, s. 113. Zob też J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 196.

³⁰ Zamawiającemu nie wolno przeznaczyć na udzielenie zamówienia kwoty wyższej, niż wynika z prawidłowego oszacowania. Zamiast unieważnienia postępowania, może on jednak dokonać korekty sumy błędnego oszacowania. Wynika to z art. 93 ust. 4 p.z.p. przewidującego odpowiedzialność odszkodowawczą za unieważnienie postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Por. bliżej o tym R. Szostak, *Unieważnienie...*, op. cit., s. 11–12.

z którym w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w miejscu otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu. W braku podstaw do ustalenia tego miejsca na podstawie czynności prawnej będzie nim siedziba drugiej strony (art. 454 § 1 k.c.). Oznacza to, że strona uprawniona powinna udać się w celu odebrania oświadczenia woli, tam też może wiążąco domagać się od drugiej strony złożenia obligatoryjnego oświadczenia³¹. Wezwanie do zawarcia umowy przyrzeczonej nie jest konieczne (wymagalność konkretyzuje termin), ale w praktyce dopuszcza się je w ramach „formalności poprzedzających zawarcie umowy”. Ułatwia ono współdziałanie stron, a pośrednio także sytuację dowodową na wypadek uchylania się zobowiązanego od zawarcia umowy, zwłaszcza gdy oświadczenia mają być złożone między obecnymi. Posłużenie się zaś negocjacyjnym sposobem zawarcia umowy nie jest wprawdzie wykluczone, ale z uwagi na konieczność zachowania zgodności postanowień umowy z treścią wybranej oferty i groźbę różnych praktyk obstrukcyjnych odwołujących zawarcie kontraktu – nie jest pożądane.

Termin podpisania umowy określa często zamawiający dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty albo nawet jeszcze później, gdy upłynie czas na oprostowanie wyników przetargu, jako termin „odpowiedni” do okoliczności, z uwzględnieniem czasu na załatwienie koniecznych formalności. Nie ma też przeszkód, aby termin ten został ustalony na podstawie dodatkowego porozumienia między stronami, a nawet pierwotnie określony termin stronom wolno potem przedłużyć³². Jeżeli wyznaczenia terminu zaniedbał zamawiający, może potem określić go zwycięski oferent, ponieważ obie strony uprawnione są do żądania zawarcia umowy finalnej (art. 389 § 2 k.c.). Wyjątkowo umowę wolno zawrzeć także po ustaniu związania ofertą, ale przedstawiciel organizatora dopuszcza się wtedy uchylenia, ponieważ pozbawia on zamawiającego „awaryjnej” możliwości wybrania kolejnej oferty na wypadek, gdyby zwycięski oferent uchylił się od zawarcia umowy przyrzeczonej³³. Na gruncie umowy przedwstępnej dominuje bowiem pogląd, że upływ terminu do wywiązania się z obowiązku kontraktowania nie powoduje automatycznie upadku roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej, lecz jedynie stan zwłoki po drugiej stronie, zagrożonej odpowiedzialnością odszkodowawczą (art. 471 k.c.)³⁴. Nowy art. 94 ust. 1a p.z.p. dopuszcza już wyraźnie możliwość zgodnej prolongaty przez strony uprzednio wyznaczonego terminu zawarcia umowy finalnej. Jeśli jedna ze stron uchyla się od zawarcia umowy przyrzeczonej, druga strona może dochodzić przymusowej jej zawarcia (art. 702 § 3 k.c.) albo naprawienia szkody, którą poniosła przez to, że liczyła na jej zawarcie (negatywny interes umowy)³⁵.

³¹ R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 179 i n.

³² Por. wyrok SN z dnia 7 października 1999 r. (VI CKN-262/98), OSNC 2000, nr 4, poz. 71.

³³ Bliżej o tym R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 179 i n.

³⁴ Por. zwłaszcza wyrok SN z 27 stycznia 2000 r. (II CKN-707/98) z aprobowaną glosą M. Krajewskiego, OSP 2000, nr 10, poz. 147, a także Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2005, s. 169–170.

³⁵ Por. wyrok SN z 24 marca 1998 r. (I CKN-562/97), Lex Polonica Maxima (CD) oraz M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2000, s. 148 i Cz. Żuławska, op. cit., s. 172.

Zgodnie z art. 78 k.c. do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarczy też wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

GIVING PUBLIC PROCUREMENT CONTRACT IN A FORM OF QUESTION OF PRICE

Question of price procedure it is a kind of auction which is open to selected persons. This procedure is started by inviting chosen contractors to submitting offers. It is not covered by European Law. It can be used only while ordering small deliveries or services, the amount of which do not exceed 137 thousand EUR. Person who orders, invites enough contractors to allow real competition, but not less than 5 persons. A threat to fair competition is obvious. Condition of ordering together with bidder's requirements, but also essential provisions of final contract are delivered in advance along with invitation. Procedure is efficient on the condition that there will come at least 2 proper offers. Choosing and accepting the most favorable offer leads to concluding temporary and preliminary contract, which creates an obligation to sign public procurement contract. This contract should be concluded in a period not shorter than 7 days (protests), but no later than all other offers will expire. Because if the the winner evaded contract, person who orders will have to chose next offer, unless there is a basis to annul the whole procedure.