

Mgr Anna Grochocińska-Jarząbek
Uniwersytet Wrocławski

Przesłanki zastosowania i etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego w ustawie – Prawo zamówień publicznych i dyrektywie „klasycznej”

I. Dialog konkurencyjny w ustawodawstwie polskim i w uregulowaniach unijnych

Dialog konkurencyjny jest stosunkowo nowym trybem udzielania zamówienia publicznego. Został wprowadzony do polskiego systemu zamówień publicznych ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹. Ustawodawca do rozdziału 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych² (dalej: „u.p.z.p.”) dodał całkowicie nowy oddział 3a zatytułowany „Dialog konkurencyjny”. Jego przepisy stanowią wdrożenie art. 1 ust. 11 lit. c) oraz art. 29³ dyrektywy 2004/18/

¹ Dz.U. z 2006 r. Nr 106 poz. 719, ustawa ta weszła w życie dnia 25 maja 2006 r.

² Dz.U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655.

³ Art. 29.1. W przypadku szczególnie złożonych zamówień Państwa Członkowskie mogą przewidzieć, iż jeżeli instytucje zamawiające uznają, że zastosowanie procedury otwartej lub ograniczonej nie pozwoli na udzielenie zamówienia, instytucje te mogą, zgodnie z niniejszym artykułem, skorzystać z procedury dialogu konkurencyjnego.

Zamówienie publiczne udziela się wyłącznie na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

2. Instytucje zamawiające publikują ogłoszenie o zamówieniu, określając swoje potrzeby i wymagania, które powinny zostać zdefiniowane w tym ogłoszeniu lub w dokumencie opisowym.

WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi⁴. „W myśl art. 1 pkt. 11 (c) dyrektywy klasycznej,

3. Po dokonaniu wyboru kandydatów w sposób zgodny z odpowiednimi przepisami art. 44-52 instytucje zamawiające rozpoczynają dialog, którego celem jest określenie i zdefiniowanie środków, które najlepiej zaspokajają ich potrzeby. W ramach dialogu mogą one omówić wszystkie aspekty zamówienia z wybranymi kandydatami.

Podczas prowadzenia dialogu konkurencyjnego instytucje zamawiające zapewniają wszystkim oferentom równe traktowanie. W szczególności nie mogą one udzielać informacji w sposób dyskryminacyjny, który pozwalałby niektórym spośród oferentów na uzyskanie przewagi nad pozostałymi.

Instytucje zamawiające nie mogą ujawniać innym uczestnikom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych udzielanych przez kandydata biorącego udział w dialogu bez jego zgody.

4. Aby ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych na etapie dialogu, instytucje dialogu mogą przewidzieć, że procedura toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, stosując kryteria udzielania zamówienia wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym.

5. Instytucja zamawiająca prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania, jeśli okaże się ono konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania, które mogą zaspokoić jej potrzeby.

6. Po oświadczeniu, iż dialog dobiegł końca oraz poinformowaniu o tym fakcie jego uczestników, instytucje zamawiające zapraszają uczestników do składania ostatecznych ofert, opierając się na rozwiązaniu lub rozwiązaniach przedstawionych i określonych podczas dialogu. Oferty te zawierają wszystkie elementy wymagane i niezbędne do realizacji projektu.

Oferty te mogą być wyjaśniane, precyzowane i doprecyzowane na żądanie instytucji zamawiającej. Jednakże takie wyjaśnienie, sprecyzowanie, dopracowanie lub dodatkowe informacje nie mogą pociągać za sobą zmiany podstawowych właściwości oferty ani zaproszenia do składania ofert, co mogłoby spowodować zakłócenie konkurencji lub mogłoby mieć charakter dyskryminacyjny.

7. Instytucje zamawiające oceniają otrzymane oferty na podstawie kryteriów udzielania zamówień określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym, a następnie, zgodnie z art. 53, wybierają ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie.

Na żądanie instytucji zamawiającej oferent wyłoniony jako ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, może zostać poproszony o udzielenie wyjaśnień dotyczących pewnych jej aspektów lub o potwierdzenie zobowiązań sformułowanych w ofercie, o ile działanie takie nie spowoduje modyfikacji zasadniczych aspektów oferty lub zaproszenia do składania ofert i nie niesie ryzyka zakłócenia konkurencji ani nie ma charakteru dyskryminacyjnego.

8. Instytucje zamawiające mogą przewidzieć nagrody lub płatności dla uczestników dialogu.

⁴ Dyrektywy z 2004 r., nad którymi prace trwały od 2000 r. „Nowe dyrektywy były przyjmowane wspólnie przez Parlament i Radę w procedurze współdecydowania (ang. *co-*

dialog konkurencyjny oznacza procedurę, w której o udział może ubiegać się każdy wykonawca, oraz w ramach której instytucja zamawiająca prowadzi dialog z dopuszczonymi do udziału kandydatami w celu wypracowania jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających jej wymogi, a na ich podstawie wybrani kandydaci są następnie zapraszani do składania ofert⁵.

Wprowadzenie nowej „negocjacyjnej” procedury, dialogu konkurencyjnego⁶, stanowiło sam rdzeń reformy europejskiego prawa zamówień publicznych. Niewątpliwie wprowadzenie do polskiego systemu prawnego nowego trybu udzielania zamówień publicznych związane jest z implementacją prawa unijnego do polskiego porządku prawnego. „Celem dyrektyw nie jest jednak pełna i wyczerpująca harmonizacja całości krajowych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Dyrektywy mają bowiem za zadanie przyczynić się do wprowadzenia minimalnych wspólnych reguł udzielania zamówień publicznych, które będą obowiązywały powyżej określonych progów⁷”. Definiując tryb postępowania, jakim jest dialog konkurencyjny, należy podzielić stanowisko G. Wicika i P. Wiśniewskiego, którzy podkreślali, że „w przypadku dialogu konkurencyjnego chodzi o procedurę przydatną do realizacji szczególnie kom-

decision procedure), zgodnie z art. 251 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE). Ich projekty zostały wniesione do Parlamentu Europejskiego w dniu 17 lipca 2000 r., pierwsze czytanie w parlamencie miało miejsce w styczniu 2001 r. Parlament zgłosił wówczas do obu projektów łącznie kilkaset poprawek. W dniu 20 marca 2003 r. zostało przyjęte wspólne stanowisko (ang. *common position*) Rady do uwag Parlamentu, które 27 marca br. zostało wniesione do parlamentu celem poddania projektu drugiemu czytaniu. Podczas drugiego czytania, które miało miejsce w dniu 1 lipca 2003 r. Parlament przyjął jeszcze kilkadziesiąt poprawek do projektów. Projekty z poprawkami uchwalonymi przez Parlament wróciły następnie do Rady, która nie zaakceptowała poprawek Parlamentu, co spowodowało konieczność zwołania komitetu concyliacyjnego składającego się z przedstawicieli Parlamentu i Rady. Jego prace zakończyły się uzgodnieniem kompromisowych tekstów obu dyrektyw 9 grudnia 2003 r. Na początku lutego 2004 r. teksty dyrektyw zostały ostatecznie zatwierdzone przez Radę i Parlament Europejski⁸, D. P i a s t a, *Nowe dyrektywy regulujące udzielanie zamówień publicznych*, [w:] *Wspólnoty Europejskie* 2004, nr 2, s. 21.

⁵ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2006, s. 177.

⁶ Ang. *Competitive Dialogue*, fr. *Dialogue compétitif*, niem. *Wettbewerblicher Dialog*.

⁷ D. S z c z e p a ń s k i, *Zamówienia publiczne*, Pułtusk 2004, s. 238.

pleksowych projektów, która ma zastosowanie, gdy nie można udzielić zamówienia w trybie procedury otwartej lub ograniczonej, a określenie środków technicznych i warunków jest obiektywnie niemożliwe⁸. Istotną cechą dialogu jest przejście cech procedury negocjacyjnej oraz ograniczonej. G. Wicik i P. Wiśniewski wskazują także na przejście pewnych cech konkursu.

W preambule do dyrektywy 2004/18/WE ustawodawca wspólnotowy wyjaśnił, że „w zakresie, w jakim zastosowanie procedur otwartych lub ograniczonych nie pozwala na udzielenie zamówień szczególnie złożonych, należało przyjąć procedurę na tyle elastyczną, że z jednej strony będzie chroniła konkurencję, z drugiej zaś stwarzała możliwość omówienia wielu aspektów z wykonawcami”⁹.

„Wprowadzenie nowego konkurencyjnego trybu miało umożliwić łatwiejsze udzielanie złożonych i skomplikowanych zamówień, w szczególności związanych z projektami infrastrukturalnymi, technologiami teleinformatycznymi lub projektami obejmującymi złożone procesy finansowania (np. w formie partnerstwa publiczno-prywatnego)”¹⁰.

Dialog jest trybem zbliżonym do negocjacji z ogłoszeniem¹¹. „Największa bodaj różnica pomiędzy tymi dwoma trybami polega na tym, iż zamawiający ma nieporównywalnie większe możliwości ukształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wyniku przeprowadzenia dialogu, niż po przeprowadzeniu negocjacji, po których zmiany wprowadzone do specyfikacji mogą mieć jedynie bardzo ograniczony charakter”¹². Jak podkreśla M. Stachowiak „w negocjacjach z ogłoszeniem znajdował się jeszcze dodatkowo zapis, który nie występuje w tym

⁸ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny*, Warszawa 2007, s. 343.

⁹ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Kraków 2006; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 238.

¹⁰ M. Bubnowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2007, s. 154.

¹¹ Tryb negocjacji z ogłoszeniem wprowadzony został do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

¹² L. Bogacz, M. Lempicka, G. Pyliński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 238. Podobnie P. Granecki, M. Kuźnia, A. Olszewska, *Zamówienia publiczne w praktyce, po nowelizacji*, Warszawa 2007.

trybie, określający, że modyfikacje nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia. Brak tego zapisu w odniesieniu do trybu dialogu konkurencyjnego powoduje, że zmiany mogą być znacznie szersze niż w negocjacjach z ogłoszeniem¹³". W dialogu konkurencyjnym natomiast, w chwili rozpoczęcia postępowania wystarczy, aby zamawiający przedstawił jedynie swoje potrzeby i wymagania dotyczące zamówienia. Przesłanką stosowania dialogu jest przede wszystkim sprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o „negocjacje” z wykonawcami. Analizując tryb dialogu konkurencyjnego należy podzielić pogląd J. Pieróga, który uważa, że „do prawa zamówień publicznych wprowadzono jedynie szcztąkową wersję procedury, która niewiele różni się od negocjacji z ogłoszeniem. Praktyczna różnica polega jedynie na tym, że w trybie negocjacji z ogłoszeniem prowadzi się negocjacje mające na celu doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy, a w dialogu konkurencyjnym można negocjować wszystko, łącznie z treścią siwz”¹⁴. Analizując dodatkowo przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych¹⁵, „podkreślić należy, że procedura dialogu konkurencyjnego jest podobna do nieobowiązującego już przetargu dwustopniowego, z tym że dialog nie musi ograniczać się do dwóch etapów, natomiast rozmowy mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty, w tym ceny¹⁶".

Dialog konkurencyjny charakteryzuje jego etapowość. Jest to tryb postępowania łączący w sobie elementy przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem. Możliwość jego zastosowania jest ściśle uzależniona od spełniania kumulatywnie przesłanek wskazanych przez ustawodawcę w przepisie art. 60b u.p.z.p.¹⁷ W literaturze przedmiotu wyróżnia

¹³ Z. Leszczyński, *Jak udzielić zamówienia w poszczególnych trybach, cz. III*, [w:] *Zamówienia publiczne*, Doradca, 2008, nr 2, s. 23.

¹⁴ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 225.

¹⁵ Obowiązywała od dnia 1 stycznia 1995 r. do dnia 1 marca 2004 r.

¹⁶ B. Wysocka, *Nowe dyrektywy unijne a polskie Prawo zamówień publicznych*, *Poradnik strefy budżetowej* 2004, nr 10, s. 200.

¹⁷ Art. 60b. 1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamó-

się najczęściej trzy jego etapy¹⁸. W pierwszym etapie zamawiający wyłania, wskazuje wykonawców dopuszczonych do udziału w dialogu *sensu stricte*. „Następuje kwalifikacja podmiotowa wykonawców polegająca na dopuszczeniu do udziału w dalszym etapie wykonawców spełniających warunki udziału wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu”¹⁹. Istotną czynnością zamawiającego w pierwszym etapie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego jest zamieszczenie ogłoszenia o wszczętym postępowaniu. Kolejnym etapem jest przeprowadzenie „właściwego” dialogu z wykonawcami w celu określenia przedmiotu zamówienia oraz istotnych elementów umownych. Natomiast ostatnim etapem jest zaproszenie do składania ofert, badanie złożonych ofert oraz wybór najkorzystniejszej z nich. Takie fazy dialogu wyróżnił również D. Piasta, zdaniem którego „postępowanie w ramach dialogu konkurencyjnego składa się z kilku faz. Po pierwsze, zamawiający publikuje ogłoszenie, w którym określa swoje potrzeby oraz wymagania, które powinny być zdefiniowane bardziej szczegółowo w ogłoszeniu lub dokumentacji przetargowej”²⁰. A. Sołtysińska wyróżniła natomiast trzy fazy dialogu konkurencyjnego: pierwsza to kwalifikacja wykonawców, druga to dialog techniczny (negocjacje) i ostatni etap to składanie ofert i ich ocena²¹.

Pierwsza faza dialogu konkurencyjnego określonego w dyrektywie klasycznej, tak jak i w ustawie – Prawo zamówień publicznych, rozpoczyna się od ogłoszenia o zamówieniu, poprzez które zamawiający upu-

wienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;

2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. (uchylony).

¹⁸ E. Norek wyróżnia dwa etapy postępowania w sprawie udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego. Zdaniem tego autora pierwszym etapem jest zarówno zamieszczenie ogłoszenia, jak również wyłonienie wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w dialogu, negocjacjach, a także samo przeprowadzenie dialogu.

¹⁹ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 238.

²⁰ D. Piasta, *Nowe Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne*, Doradca 2004, nr 2, s. 22.

²¹ Por. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 232; *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2006, s. 177.

blicznia swoją wolę udzielenia zamówienia publicznego. Tak więc samo wszczęcie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego nie różni się od rozpoczęcia procedury udzielania zamówienia publicznego w trybach przetargowych, negocjacyjnych czy zapytania o ocenę. Podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca europejski na tym etapie posługuje się pojęciem dokumentu opisowego, gdyż z samej specyfiki tego trybu trudno mówić już od samego początku o dokumentacji technicznej.

Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu składają wnioski, na podstawie których zamawiający ocenia ich wiarygodność podmiotową. Następnie zamawiający zaprasza wybranych przez siebie wykonawców do dialogu (negocjacji), podczas którego zamawiający może omawiać wszystkie aspekty prowadzonego postępowania, w tym również cenę. Dopiero w tej fazie prowadzonego postępowania zamawiający przedstawia wykonawcom kryteria oceny ofert wraz z przypisaną do każdego z nich wagą punktową (inaczej jest w polskim porządku prawnym, gdzie zamawiający już w ogłoszeniu o zamówieniu musi podać kryteria oceny ofert wraz z ich wagą). W prawie europejskim dopuszczalna jest taka sytuacja, w której zamawiający na etapie przygotowywania dokumentu opisowego nie będzie jeszcze w stanie określić wagi punktowej poszczególnych kryteriów. Wówczas zobowiązany jest do opisanego poszczególnych kryteriów od najważniejszego do najmniej istotnego. „W pierwotnym projekcie dyrektywy ustawodawca proponował dopuszczalność zmiany kryteriów wyboru oferty w sytuacji, gdy wybrane przez zamawiającego wcześniej nie były już adekwatne do rozwiązania przyjętego w ramach dialogu. Propozycja ta została jednak odrzucona z uwagi na zbyt duże ryzyko manipulacji i możliwości obejścia zasad udzielania zamówień publicznych”²².

II. Przesłanki udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego

Dialog konkurencyjny jest szczególnym trybem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Jego zastosowanie nie jest zależne w istocie od dowolnego wyboru zamawiającego, lecz obwarowane jest obowiązkiem spełniania wskazanych przez ustawodawcę przesłanek. Jak

²² A. Sołtyśńska, *Europejskie prawo...*, s. 234.

już wspomniano, ustawowe przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie. Po pierwsze, zgodnie z brzmieniem art. 60b ust. 1 u.p.z.p. zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30²³ i 31²⁴ u.p.z.p. lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub fi-

²³Art. 30. 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

2. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

- 1) europejskie aprobaty techniczne;
- 2) wspólne specyfikacje techniczne;
- 3) normy międzynarodowe;
- 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

3. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w ust. 2, uwzględnia się w kolejności:

- 1) Polskie Normy;
- 2) polskie aprobaty techniczne;
- 3) polskie specyfikacje techniczne.

4. Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

6. Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1-3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.

7. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

²⁴ Art. 31. 1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

nansowych wykonania zamówienia. Ponadto cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy wskazać, że przesłanki zawarte w cytowanym przepisie muszą być obiektywne. Oznacza to, że opisanie przedmiotu jest obiektywnie niemożliwe, a nie tylko stanowi problem dla zamawiającego. „Zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego nie może stanowić usprawiedliwienia dla braku profesjonalizmu zamawiającego, który wobec braku wiedzy na temat opisu zamówienia stosuje właśnie ten tryb. Wyłącza to swobodę w wyborze stosowania trybu dialogu konkurencyjnego”²⁵. Zawarte w cytowanym przepisie stwierdzenie ustawodawcy: „nie jest możliwe” – należy traktować jako twierdzenie abstrakcyjne, stwierdzające fakt w ogóle. „To znaczy, że mając do dyspozycji informacje dostępne na rynku oraz biorąc pod uwagę uwarunkowania technologiczne, nie jest mimo to możliwe niewadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z uwarunkowaniami ustawowymi. Musi zaistnieć szczególnie złożony charakter zamówienia, z którego wynika, że zamawiający nie jest w stanie obiektywnie opisać przedmiotu zamówienia lub uwarunkowań finansowych lub prawnych, które mogą mieć wpływ na wykonanie zamówienia”²⁶. Ważne jest zarówno to,

2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

4. Minister właściwy do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:

- 1) dokumentacji projektowej,
- 2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- 3) programu funkcjonalno-użytkowego

– mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.

²⁵ Inaczej G. W i c i k, P. W i ś n i e w s k i, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 345. Niemożliwość udzielenia zamówienia w trybie przetargowym ma charakter wybitnie oceny i pozostawia znaczną swobodę przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu trybu. Chodzi tu generalnie o sytuacje, w których przeprowadzenie postępowania w jednym z trybów podstawowych najprawdopodobniej nie przyniosłoby pożądanego rezultatu, np. zakończyło się jego unieważnieniem wskutek braku prawidłowych ofert.

²⁶ M. S t a c h o w i a k, J. J e r z y k o w s k i, W. D z i e r ż a n o w s k i, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 239; Art. 30 oraz 31 – zob. przypisy 23 i 24.

że „zamówienie dotyczy przedmiotu, co do którego nie przyjęto jednolitych standardów, czy to w drodze normatywnej, czy też faktycznej przez działanie rynku, jak również obiektywna niemożność dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymaganych parametrów i cech jakościowych, ale także obiektywnego opisu funkcjonalnego (ustawodawca wskazuje niemożliwość wykorzystania art. 30 i 31 u.p.z.p.)”²⁷. Ponadto zamawiający nie jest w stanie dokonać pełnego opisu uwarunkowań finansowych lub prawnych, które wpływają na zakres i realizację zamówienia. „Nie może to wynikać, jak to wskazano, z przyczyn subiektywnych, zależnych od zamawiającego”²⁸. Na uwagę zasługuje pogląd, że warunku tejże przesłanki nie można absolutyzować i rozpatrywać w sposób abstrakcyjny. „Chodzi raczej o sytuację, w której opisanie przedmiotu zamówienia lub określenie uwarunkowań wykonania zamówienia wymagałoby poniesienia znacznych nakładów”²⁹. Dyskusyjny wydaje się być argument, że w świetle brzmienia art. 60e ust. 1³⁰ u.p.z.p. oraz art. 29 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE dialog konkurencyjny można zastosować również wtedy, gdy zamawiający wprawdzie może opisać przedmiot lub określić jego uwarunkowania prawne lub finansowe na jeden lub kilka sposobów, lecz nie ma możliwości zweryfikowania (lub musiałby w tym celu ponieść niewspółmierne koszty), który ze sposobów (rozwiązań) „najbardziej spełnia jego potrzeby”³¹.

Druga przesłanka *de facto* zależy od uznania zamawiającego, jest konsekwencją wyboru tego trybu przez zamawiającego. Albowiem kolejną przesłanką warunkującą przeprowadzenie postępowania w trybie

²⁷ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 239.

²⁸ Tamże, s. 239.

²⁹ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 345. Zdaniem tych autorów przypadek, w którym zamawiający – bez względu na związane z tym problemy i koszty – nie mógłby opisać przedmiotu zamówienia lub określić uwarunkowań jego wykonania, korzystając z pomocy ekspertów z zakresu inżynierii, finansów, prawa itp., zdarzałby się wyjątkowo rzadko.

³⁰ Art. 60e. 1. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.

³¹ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 346.

dialogu konkurencyjnego jest to, że cena nie może być jedynym kryterium oceny ofert. Literalna wykładnia przepisu art. 60b ust. 1 pkt. 2 u.p.z.p. może prowadzić do wniosku, że poza kryterium ceny wystarczające jest wprowadzenie przez zamawiającego jeszcze tylko jednego kryterium, np. parametrów technicznych czy warunków gwarancji i serwisu itd. Mało tego, sposób oceny nie musi przewidywać, aby ten drugi warunek (kryterium) miał kluczowe znaczenie przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wydaje się, że ustawodawca dopuszcza sytuację, w której przy odpowiednim doborze maksymalnej „punktacji” kolejnych kryteriów oceny ofert, poza ceną, inne kryteria będą miały drugorzędny czy nawet marginalny wpływ na ostateczny wynik oceny ofert. Zatem pomimo spełnienia ustawowej przesłanki nakazującej, aby cena nie była jedynym kryterium oceny ofert – faktycznie może się okazać, że i tak będzie ona decydująca. W ten sposób słuszny staje się wniosek, że w zasadzie decydujące znaczenie dla możliwości udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego będzie miała przesłanka pierwsza, omówiona na wstępie – niemożność prawidłowego opisu zamówienia, bowiem obiektywność jej występowania wyłącza możliwość manipulacji ze strony zamawiającego (w przeciwieństwie do kwestii ceny jako kryterium oceny ofert, w sytuacji gdy praktycznie ustalanie pozostałych kryteriów oceny ofert leży w granicach dowolności zamawiającego).

III. Etapy dialogu konkurencyjnego

III.1. Etap pierwszy postępowania – ogłoszenie

Pierwszym etapem postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego jest, jak już wspomniano, sporządzenie oraz zamieszczenie ogłoszenia o wszczęciu postępowania. Zastosowanie będzie miał w tym zakresie przepis art. 40 u.p.z.p.³² regulujący miejsce publikacji w zależności od wartości zamówienia, kolejność publikacji oraz istotne elementy ogłoszenia. „Podobnie jak dla przetargu nieograniczonego i ograniczonego, w przypadku publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający obowiązany jest do przygo-

³² Art. 40. 1. Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

towania ogłoszenia zgodnie ze wzorami określonymi w rozporządzeniu Komisji nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady³³. W zasadzie ogłoszenie o wszczęciu postępowania w trybie dialogu spełniać musi te same kryteria, co ogłoszenia w trybach podstawowych. Z tym jednak zastrzeżeniem, że inaczej niż w trybie ograniczonym, ogłoszenie o zamówieniu w trybie dialogu konkurencyjnego powinno zawierać również opis potrzeb i wymagań zamawiającego lub informację o sposobie uzyskania tego opisu.

Jest rzeczą oczywistą, że wykonawcy, przystępując do dialogu, muszą znać jego przedmiot. „Opis potrzeb i wymagań zamawiającego jest *sui generis* uproszczonym opisem funkcjonalnym przedmiotu zamówienia”³⁴.

2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

3. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

4. Jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a na dostawy lub usługi – 10.000.000 euro, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu również w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

5. Zamawiający może opublikować ogłoszenie o zamówieniu również w inny sposób.

6. Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób:

1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, przed dniem jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

2) nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

3) zawiera informacje o dniu jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

³³ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, 241.

³⁴ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 348.

Stwierdzenie zawarte w treści tego przepisu, że opis powinien być na tyle szczegółowy, aby umożliwić wykonawcom przygotowanie się do udziału w dialogu, prowadzi częstokroć do rozbudowania opisu w taki sposób, że jego rozmiary nie pozwalają na zamieszczenie go w ogłoszeniu. W takim przypadku zamawiający może w ogłoszeniu zawrzeć jedynie informację o sposobie uzyskania opisu wymagań. Pożądane jest natomiast, aby w ogłoszeniu zamawiający wskazał przyczynę, dlaczego nie zamieścił w ogłoszeniu pełnego opisu. Bez wątplenia niezamieszczenie opisu potrzeb i wymagań w treści ogłoszenia musi być następstwem obiektywnych okoliczności, a nie wygody zamawiającego. Ustawa nie reguluje kwestii, w jaki sposób zamawiający powinien przekazywać wykonawcom opis potrzeb i wymagań. Jednakże należy w pełni podzielić pogląd, że „w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców najwłaściwszym sposobem publikacji, przekazywania opisu potrzeb i wymagań jest Internet”³⁵.

Zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu warunki udziału w postępowaniu, sposób ich oceny, a także wykaz dokumentów oraz oświadczeń, jakich przedłożenia żąda we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania tych warunków. Opis potrzeb i wymagań nie ma wiążącego charakteru. W trakcie prowadzonego dialogu zamawiający ma możliwość – którą daje art. 60e ust. 2 – zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu. Istotne jest natomiast, iż może tego dokonać jedynie na etapie prowadzonych „negocjacji”³⁶, a zmiana nie może mieć charakteru zasadniczego. W pełni należy się zgodzić z twierdzeniem, że „zamawiający ma obowiązek w granicach art. 22 u.p.z.p., a oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań podmiotowych art. 25 i 26 u.p.z.p., dokonać opisu warunków udziału w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości. Albowiem wykonawcy jedynie w oparciu o treść ogłoszenia będą przygotowywać wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu. Istotne jest także, iż ustawa nie przewiduje możliwości składania zapytań³⁶, jak również modyfikacji ogłoszenia będącego podstawą do przygotowania wniosków³⁷.

³⁵ Tamże, s. 348.

³⁶ Zgodnie bowiem z art. 38 ust. 1 ustawy wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

³⁷ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 242.

Ustawodawca wprowadził do trybu dialogu konkurencyjnego rozwiązanie pozwalające zamawiającemu na przewidzenie nagród za przedstawienie rozwiązań będących podstawą składania ofert³⁸. Stwierdzenie użyte przez ustawodawcę budzi jednak pewne wątpliwości. Chodzi przecież niewątpliwie o takie rozwiązania czy opracowania intelektualne, które pozwolą zamawiającemu dokonać opisu przedmiotu zamówienia, a zatem i stworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy zatem „wyręczają” niejako zamawiającego w etapie tworzenia siwz, za co zamawiający może przewidzieć nagrodę dla wykonawcy, który przedstawi najlepsze rozwiązanie. Nie wolno jednakże tracić z pola widzenia faktu, że chodzi w efekcie o sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, jako części siwz.

W tym miejscu kończy się pierwszy spośród wyróżnionych przeze mnie etapów postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego³⁹.

III.2. Drugi etap – składanie przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i badanie przez zamawiającego spełniania przez wykonawców postawionych warunków podmiotowych udziału w postępowaniu

Należy wyjaśnić, że zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których dopuści do udziału w postępowaniu. Ustawodawca wprowadził jednak pewne ograniczenie, które polega na wskazaniu minimalnych ilości wykonawców, których zamawiający ma obowiązek dopuścić do udziału. Mianowicie, poniżej wartości przedmiotu zamówienia opisanej w akcie wykonawczym wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p.⁴⁰,

³⁸ Zamawiający może przewidzieć nagrody w wyniku nowelizacji ustawy, która weszła w życie dnia 13 marca 2007 r.

³⁹ W niniejszej pracy wyróżnię większą ich ilość niż ma to miejsce w literaturze przedmiotu.

⁴⁰ Art. 11. 1. Ogłoszenia, o których mowa w ustawie:

1) zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Urzędem”;

2) publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli są przekazywane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

2. (uchylony).

3. (uchylony).

tj. tak zwanych „progów unijnych”, liczba dopuszczonych do udziału wykonawców nie może być mniejsza niż 3. Natomiast w przypadku przekroczenia tychże progów liczba wykonawców dopuszczonych do udziału nie może być mniejsza od 5, oczywiście, o ile ta minimalna ilość zostanie osiągnięta poprzez zgłoszenie się odpowiedniej liczby wykonawców. W przeciwnym razie zamawiający dopuszcza wszystkich wykonawców, którzy takie wnioski zgłosili. Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału i tym samym nie zostali zaproszeni do udziału w dialogu – negocjacjach, traktuje się jak wykluczonych. Samo spełnianie przez wykonawcę warunków udziału nie jest równoznaczne z zaproszeniem do dalszego etapu postępowania. W przypadku wprowadzenia przez zamawiającego ograniczenia ilościowego wykonawców, dopuszczeni do dalszego etapu będą ci, których ocena spełniania warunków jest najwyższa⁴¹. Pozostałym wykonawcom, ale tylko tym, którzy spełniają warunki udziału

4. Ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający może zmienić, zamieszczając w Biuletynie ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, zawierające w szczególności datę zamieszczenia zmienianego ogłoszenia i jego numer.

5. Zamawiający może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, którego zamieszczenie w Biuletynie ze względu na wartość zamówienia albo konkursu nie jest obowiązkowe.

6. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie rodzaje ogłoszeń oraz wartość zamówienia albo konkursu.

7. Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia przekazuje się, zgodnie z wzorami określonymi w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 257 z 01.10.2005, str. 1), jeżeli wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

8. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej.

⁴¹ W. Wiśniewski, G. Wicik wskazują, że kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch fazach. Najpierw ocena spełniania warunków udziału odbywa się na zasadzie: spełnia – nie spełnia. Kolejna faza, do której dopuszczeni są tylko wykonawcy spełniający wszystkie warunki polega na selekcji i wyborze tylko tych, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Należy wnioskować, iż oprócz oceny: spełnia – nie spełnia zamawiający będzie jeszcze oceniał, w jakim stopniu spełnia i odpowiednio to punktował.

w postępowaniu, przysługuje protest. Wobec faktu, że wykonawcy, który nie będzie zaproszony do dalszego etapu postępowania, nie zostanie doręczone zaproszenie, termin do wniesienia protestu należy liczyć od momentu, w którym dowiedział się on o tym, że nie weźmie udziału w dalszym etapie postępowania, czyli od momentu zapoznania się z treścią zawiadomienia o wynikach oceny warunków spełniania – rankingu wykonawców. Od tego momentu staje się wiadome, którzy z wykonawców zostaną zaproszeni do dalszego etapu. Zatem w przypadku ograniczenia ilości wykonawców, z którymi prowadzone będą negocjacje, istotne znaczenie ma wskazanie sposobu oceniania spełniania warunków podmiotowych. Po wszczęciu postępowania zamawiający nie może zmienić ilości wykonawców, którzy mają być dopuszczeni do udziału w dialogu.

Pamiętać należy, że do dialogu konkurencyjnego, tak jak do pozostałych trybów udzielania zamówienia publicznego, zastosowanie mają przepisy określone w części ogólnej ustawy. Dlatego też, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw albo złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, jednak zawierające błędy, lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

III.3. Etap trzeci – zaproszenie wykonawców do dialogu konkurencyjnego

Po dokonaniu oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu zamawiający przechodzi do kolejnego etapu postępowania, jakim jest przekazanie wykonawcom biorącym udział w toczącym się postępowaniu informacji o wynikach oceny ich spełniania.

Zamawiający zaprasza do dalszego etapu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału oraz w przypadku ograniczenia liczby wykonawców tych, którzy osiągnęli najwyższą ocenę ich spełniania. Zastosowanie ma tu przepis art. 24 ust. 3 u.p.z.p., zgodnie z którym zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3⁴². Podkreślić w tym miejscu należy, że na każdą czynność zamawiającego wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej.

Ustawodawca nie określił minimalnego terminu, jaki musi upłynąć od dnia przekazania wykonawcy zaproszenia do dnia przeprowadzenia samego dialogu. Z jednej strony, biorąc pod uwagę racjonalizację całego postępowania i możliwość skorzystania przez wykonawcę z protestu, np. na czynność wykluczenia, zamawiający obowiązany jest wyznaczyć taki termin dialogu, aby wykonawcy mieli możliwość dokładnego zapoznania się z opisem potrzeb i wymagań zamawiającego i na jego podstawie przygotować się do dialogu. Z drugiej strony, warto w tym miejscu odnieść się do art. 60c⁴³ ustawy, zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu zawierać musi m.in. opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu.

⁴² Art. 92.1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

(...)

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

⁴³ Art. 60c. 1. Do wszczęcia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego przepisy art. 40 i art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio, z tym że ogłoszenie o zamówieniu zawiera również:

1) opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu;

2) informację o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody.

2. Do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu przepisy art. 49 ust. 1 i 2 oraz art. 50 stosuje się odpowiednio.

„Zaproszenie do dialogu powinno mieć formę pisemną, chyba że zamawiający zgodnie z art. 27 ust. 1 u.p.z.p. wybrał jako sposób porozumiewania się faks lub drogę elektroniczną”⁴⁴. Musi ono wskazywać termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, a ponadto opis potrzeb i wymagań zamawiającego. Z treści zaproszenia musi wynikać jasno oświadczenie zamawiającego o zaproszeniu danego wykonawcy, wskazujące dokładne jego dane oraz precyzujące miejsce oraz godzinę rozpoczęcia negocjacji. „Jednocześnie warto pamiętać, by w treści zaproszenia do dialogu zawrzeć informację o konieczności przedstawienia przez osoby reprezentujące wykonawcę w trakcie dialogu stosownych dokumentów potwierdzających ich umocowanie”⁴⁵.

III.4. Etap czwarty – dialog konkurencyjny z wykonawcami

Po dokonaniu zaproszenia zamawiający przystępuje do negocjacji z wybranymi wykonawcami. Ustawodawca nie sprecyzował, na czym dokładnie ma polegać dialog. Z kolei z brzmienia dyrektywy 2004/18 wynika, że dialog powinien dać możliwość omówienia wszystkich aspektów danego zamówienia z każdym kandydatem. Należy zaaprobować stanowisko, według którego „dialog jest fazą postępowania, w której zamawiający omawia wszystkie szczegóły planowanego zamówienia z każdym z wykonawców, zapoznaje się i porównuje rozwiązania proponowane przez wykonawców, wreszcie wybiera rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Trafny wydaje się pogląd, że dialog stanowi rodzaj negocjacji⁴⁶ – „(...) dialog może dotyczyć wszystkich świadczeń objętych planowanym zamówieniem, także różnych obowiązków dodatkowych i ich właściwości (parametrów), terminów realizacyjnych, a nawet wzajemnego współdziałania stron przy wykonywaniu planowanej umowy o zamówienie publiczne”⁴⁷. Sam dialog ma charakter negocjacji, podczas których omawiane są uwarunkowania prawne lub

⁴⁴ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 353.

⁴⁵ Tamże, s. 353, podobnie M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 245.

⁴⁶ Por. R. Szostak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, [w:] *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji*, Warszawa 2006, s. 157. Wskazuje już na to sama numeracja oddziału 3a, nawiązującego swą numeracją do oddziału 3 ustawy negocjacji z ogłoszeniem

⁴⁷ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 353.

finansowe wykonania zamówienia, a także informacje niezbędne do prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Podczas dialogu każdy z wykonawców powinien przedłożyć propozycję rozwiązania poszczególnych problemów.

W celu zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz prawidłowego przebiegu postępowania ustawodawca wprowadził dodatkowe zasady (art. 60d ust. 6 i ⁷⁴⁸ u.p.z.p.). Przepis art. 60d ust. 6⁴⁹ u.p.z.p. jako *lex specialis* do art. 7⁵⁰ ustawy stanowi w istocie jego rozwinięcie, tj. rozwinięcie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. „Rozdział 2 (ustawy – Prawo zamówień publicznych – dopisek autorki) zawiera przepisy ogólne odnoszące się do wszystkich zamówień publicznych, do których stosuje się przepisy, bez względu na tryb, w jakim są udzielane”⁵¹. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza przede wszystkim, że „wykonawcy mają być traktowani przez zamawiającego jednakowo, żaden z nich nie może być dyskryminowany ani też traktowany lepiej niż inni wykonawcy. W związku z tym wykonawcy mają otrzymywać od zamawiającego wszelkie informacje określone przepisami ustawy na tych samych zasadach i w tym samym czasie. Ocena ofert i ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu ma zaś być dokonana na podstawie tych samych kryteriów i wymagań w stosunku do każdego wykonawcy”⁵².

⁴⁸ Art. 60d. 6. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z dialogiem są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.

7. Prowadzony dialog ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem.

⁴⁹ Art. 60d ust.6. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z dialogiem są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.

⁵⁰ Art. 7. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

⁵¹ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2008, s. 52.

⁵² L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 89.

„Dialog jest prowadzony z każdym z wykonawców oddzielnie, a informacje nie mogą być przekazywane pozostałym wykonawcom ze wskazaniem źródeł ich pochodzenia, gdyż mogłoby to przyczynić się do uzyskania nieuzasadnionej przewagi przez niektórych z nich w stosunku do pozostałych”⁵³. Dla poszanowania zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji istotne znaczenie ma poufność dialogu, a przede wszystkim zakaz ujawniania informacji technicznych oraz handlowych bez zgody obu stron postępowania. Oznacza to, że obowiązek dochowania tajemnicy ciąży również na wykonawcach uczestniczących w dialogu. „Pozostałe informacje uzyskane w trakcie negocjacji zamawiający może bez zgody wykonawcy przekazać pozostałym wykonawcom nieuczestniczącym w dialogu, jeżeli następować to będzie na równych prawach, bez wskazywania źródeł pochodzenia i jest niezbędne do uzyskania celów, jakim ma służyć dialog, tj. przyczyni się do uszczegółowienia przedmiotu zamówienia oraz preferowanego przez zamawiającego sposobu jego realizacji”⁵⁴.

Naruszenie lub pominięcie zarówno przepisu art. 60d ust. 6 u.p.z.p. czy zasady wyrażonej w art. 7 u.p.z.p. będzie stanowiło rażące naruszenie prawa skutkujące nieważnością umowy.

Ustawodawca nie precyzuje, jak długo ma trwać dialog konkurencyjny ani też w jaki sposób ma się on odbywać. Zgodnie z art. 29 ust. 5 dyrektywy instytucja zamawiająca prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania, jeśli okaże się ono konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania, które mogą zaspokoić jej potrzeby. Takiego uregulowania zabrakło w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Zadać można w tej sytuacji pytania, czy na podstawie polskich regulacji prawnych zamawiający poprzestać powinien na jednokrotnym przeprowadzeniu dialogu. W praktyce, w zaproszeniu do złożenia oferty zamawiający określić powinien dokładnie termin odbycia dialogu z poszczególnymi wykonawcami.

Ze względu na konfidencjonalność całych negocjacji istotne jest, aby w zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego zamawiający przewidział realny czas rozmów z danym wykonawcą i zaprosił poszczególnych uczestni-

⁵³ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 147.

⁵⁴ Tamże, s. 147.

ków postępowania na różne godziny. Zdarzyć może się bowiem tak, że po zakończonych rozmowach, ze względu na złożoność postępowania, zamawiający nadal nie będzie miał możliwości precyzyjnego określenia np. parametrów technicznych. Może tak być w sytuacji, gdy ostatni w kolejności wykonawca zaproponuje innowacyjne rozwiązanie, a zamawiający nie będzie miał pewności, czy jego zastosowanie nie naruszy zasady uczciwej konkurencji. Uważam, że w takiej sytuacji zamawiający zmuszony będzie do dalszego przeprowadzania negocjacji z uczestnikami postępowania. Zachowanie takie w żadnej mierze nie będzie naruszało przepisów ustawy. Stanowisko takie podziela również M. Stachowiak, zdaniem którego „może to być jedno spotkanie negocjacyjne z poszczególnymi wykonawcami, jak i seria spotkań. Dokumenty i stanowiska negocjacyjne mogą być przekazywane w formie pisemnej”⁵⁵. Cezurą końcową zgodnie z brzmieniem art. 60e ust. 1⁵⁶ u.p.z.p. jest moment, kiedy zamawiający, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców jest w stanie określić rozwiązanie spełniające jego potrzeby. „Wydaje się, że wybór więcej niż jednego rozwiązania ma sens wyłącznie wtedy, gdy zamawiający dopuści możliwość składania ofert wariantowych lub zamierza opisać przedmiot zamówienia w sposób funkcjonalny”⁵⁷. Podkreślić należy, że na tym etapie postępowania zamawiający dokonuje wyboru rozwiązania, a nie wyboru wykonawcy, który to rozwiązanie przedstawił. Kluczowe znaczenie ma bowiem fakt, iż wybór wykonawcy nastąpi dopiero po ocenie złożonych ofert. „Dozwolenie dokonania wyboru rozwiązania spośród proponowanych przez wykonawców nie oznacza dozwolenia na dokonywanie opisu w sposób, który

⁵⁵ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 247.

⁵⁶ Art. 60e. 1. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.

⁵⁷ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 354. Autorzy ci wskazują, że ustawodawca nie wprowadził do procedury zamówień rozwiązania przewidzianego w dyrektywie 2004/18/WE zakładającego możliwość prowadzenia dialogu w następujących po sobie etapach. Na każdym z nich dochodzi do oceny rozwiązań przedstawionych przez wykonawców oraz stopniowej eliminacji wykonawców osiągających niższą ocenę.

mógłby utrudnić uczciwą konkurencję lub naruszyć równe traktowanie wykonawców. Przepis nie uchyla obowiązku stosowania art. 29 ust. 2⁵⁸ ustawy, jak też zasad udzielania zamówienia⁵⁹.

Pojawia się pytanie, czy z przeprowadzonego dialogu sporządzać protokół. Uważam, że tak i to najlepiej już podczas jego przeprowadzania, opisując cały jego przebieg, pytania i odpowiedzi oraz zaproponowane przez wykonawców rozwiązania. Sporządzanie protokołu z przeprowadzonego dialogu istotne jest z punktu widzenia ewentualnych przyszłych kontroli, a także sporządzania przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

III.5. Etap piąty – zaproszenie do składania ofert

O zakończeniu dialogu (chodzi oczywiście o etap negocjacyjny), zamawiający niezwłocznie powiadamia wykonawców, z którymi negocjacje prowadził. Na tym etapie zamawiający może jednakże dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu (art. 60e ust. 2⁶⁰ ustawy). „Oznacza to, że opis potrzeb i wymagań, zawarty w ogłoszeniu (art. 60c ust. 1⁶¹ ustawy) oraz w zaproszeniu do dialogu (art. 60d ust. 5 pkt 2 u.p.z.p.) nie ma wiążącego charakteru. Zamawiający może odstąpić od wymagań zawartych w opisie, pod warunkiem, że stanowiły one przedmiot dialogu⁶². Zamawiający podlega w tym zakresie pewnym ograni-

⁵⁸ Art.29.2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

⁵⁹ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 247.

⁶⁰ Art. 60e. 2. Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.

⁶¹ Art. 60c. 1. Do wszczęcia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego przepisy art. 40 i art. 48 ust. 2 stosuje się odpowiednio, z tym że ogłoszenie o zamówieniu zawiera również:

1) opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu;

2) informację o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody.

⁶² G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 355.

czeniu. „Zmiana wymagań nie może więc prowadzić do zakłócenia konkurencji, co miałyby miejsce, gdyby zmiana pociągała za sobą zmianę kręgu potencjalnych wykonawców.”⁶³ „Zamawiający nie może natomiast zmienić kryteriów oceny ofert, dostosowując ich treść do swoich aktualnych potrzeb, choćby wskazane wcześniej w ogłoszeniu o zamówieniu nie były już adekwatne do rozwiązań przyjętych po przeprowadzeniu dialogu”⁶⁴.

Po zakończeniu etapu negocjacji zamawiający, jak już wspomniano, zaprasza wykonawców, którzy brali udział w negocjacjach, do składania ofert. Jednocześnie przekazuje im wraz z zaproszeniem specyfikację istotnych warunków zamówienia, zawierającą opis przedmiotu zamówienia. „W związku z brakiem podstawy do ponownej weryfikacji wykonawców pod kątem spełniania przez nich warunków udziału, w trakcie trwania dialogu, brak jest też podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy na etapie negocjacji. Tym samym należy uznać, iż zamawiający zaprosi do składania wszystkich wykonawców, z którymi prowadził negocjacje”⁶⁵.

Dalsze postępowanie toczy się według ogólnych reguł postępowania o zamówienie publiczne wskazanych w ustawie, z zastrzeżeniem terminu określonego art. 60e ust. 4⁶⁶ u.p.z.p. „Jest rzeczą oczywistą, że specyfikacja w tym wypadku nie zawiera opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (art. 36 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p.), a także wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6 u.p.z.p.)”⁶⁷. Jest to spowodowane faktem, iż ocena spełniania przez wykonawców podmiotowych warunków udziału w postępowaniu została dokonana przed zaproszeniem do udziału w dialogu. Zbędne więc jest ponawianie tej czynności na etapie składania ofert. Pamiętać należy, że

⁶³ Tamże, s. 355.

⁶⁴ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 148.

⁶⁵ Por. G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 355.

⁶⁶ Art. 60 e ust. 4. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się.

⁶⁷ Tamże, s. 356.

przekazana przez zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zawierająca rozwiązania ograniczające dostęp do zamówienia, może zostać skutecznie oprotestowana i wówczas zamawiający zmuszony będzie do ponownego przeprowadzenia z wykonawcami dialogu. Można powiedzieć, że wraz z zaproszeniem do składania ofert wykonawców, z którymi przeprowadzany był dialog, kończy się specyficzny charakter tego trybu.

Ustawodawca wyraźnie wskazał, że termin wyznaczony na składanie ofert, po odbyciu dialogu, nie może być krótszy niż 10 dni. Jest to spowodowane zapewnieniem możliwości sporządzenia ofert przez wykonawców z uwagi na fakt, iż tryb dialogu konkurencyjnego jest wykorzystywany w zasadzie do udzielania złożonych i skomplikowanych zamówień.

Pamiętać należy, że przed otwarciem ofert zamawiający obowiązany jest do podania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

III.6. Składanie i ocena ofert, wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego

Jak już wspomniano, wraz z przekazaniem wykonawcom zaproszenia do składania ofert i specyfikacji istotnych warunków zamówienia kończy się specyficzny charakter tego trybu. Artykuł 29 ust. 6⁶⁸ dyrektywy zezwala na składanie przez wykonawców, na żądanie zamawiającego, wyjaśnienia, precyzowanie i dopracowywanie złożonej oferty. „Proces wyjaśnienia czy precyzowania wiązać się będzie z wytłumaczeniem tych fragmentów oferty, które nie są jasne dla zamawiającego (przykładowo szczególnie przyjętych metod produkcji). Trudniej zinterpretować pojęcie doprecyzowywania ofert – może się ono wiązać z uzupełnieniem złożonej propozycji, ale w takich granicach, które nie powodują zmiany jej podstawowych elementów. Zamawiający może również wezwać oferenta do

⁶⁸ Podobnie art. 87 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Art. 87. 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

takiego doprecyzowania oferty, by była ona zgodna z przedstawionymi wymogami i nie podlegała odrzuceniu”⁶⁹. Podkreślić należy, że zmiany nie mogą dotyczyć tych elementów oferty, które będą następnie oceniane, gdyż naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji. Pamiętać należy, że dokonywane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do zmiany jej treści.

Dalej już następuje „tradycyjna” ocena ofert, wybór oferty najkorzystniejszej i podpisanie umowy. Można powiedzieć, że wybór najkorzystniejszej oferty kończy zasadniczo postępowanie (jeżeli żaden z wykonawców nie skorzysta ze środków ochrony prawnej). Inaczej wygląda sytuacja z postępowaniami prowadzonymi na podstawie dyrektywy. Zgodnie bowiem z jej art. 29 ust. 7 instytucje zamawiające oceniają otrzymane oferty na podstawie kryteriów udzielania zamówień określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym, a następnie, zgodnie z art. 53, wybierają ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie.

Na żądanie instytucji zamawiającej oferent wyłoniony jako ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, może zostać poproszony o udzielenie wyjaśnień dotyczących pewnych jej aspektów lub o potwierdzenie zobowiązań sformułowanych w ofercie, o ile działanie takie nie spowoduje modyfikacji zasadniczych aspektów oferty lub zaproszenia do składania ofert i nie niesie ryzyka zakłócenia konkurencji ani nie ma charakteru dyskryminacyjnego.

Ze względu na ramy niniejszego artykułu pominięte zostanie omawianie każdego z wyodrębnionych w tym punkcie etapów kończących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego.

IV. Podsumowanie

W artykule wykazane zostały różnice i podobieństwa uregulowań prawnych w zakresie dialogu konkurencyjnego w polskim systemie prawnym i w prawie wspólnotowym. Warto w tym miejscu zwrócić jeszcze uwagę na zakres konfidencjonalności obu uregulowań. Zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem, podczas gdy w myśl postanowień dyrektywy

⁶⁹ A. Sołtyńska, *Europejskie prawo...*, s. 237.

tylko instytucje zamawiające nie mogą ujawniać innym uczestnikom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych udzielanych przez kandydata biorącego udział w dialogu bez jego zgody.

Oprócz przepisów zawartych w oddziale 3a ustawy, do trybu udzielania zamówienia w formie dialogu konkurencyjnego mają zastosowanie ogólne reguły postępowania dotyczące: publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wymagań stawianych wykonawcom chcącym uczestniczyć w postępowaniu, treści siwz, prawa wykonawcy do otrzymywania wyjaśnień co do treści siwz i jej modyfikacji, prawa złożenia tylko jednej oferty, terminu składania ofert, związania złożoną ofertą, wadium, otwarcia ofert, prawa dochodzenia roszczeń w przypadku odrzucenia oferty, obowiązku zawarcia umowy⁷⁰.

Podkreślić należy, że dialog konkurencyjny nie występuje w dyrektywie sektorowej, na podstawie której zamawiający ma swobodę wyboru zastosowania określonego trybu postępowania, bez konieczności spełnienia określonych przesłanek.

Dialog konkurencyjny nie cieszy się wśród polskich zamawiających zbyt dużą popularnością. Jak wynika ze sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2006 r., w BZP ogłoszonych zostało 34 738 postępowań, z czego dialog konkurencyjny stanowił 0,1%, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 417 ogłoszeń, z czego dialog konkurencyjny stanowił zaledwie 0,2%. Szczegółowa struktura trybów, w jakich udzielono zamówień w roku 2006, przedstawia się następująco: przetarg nieograniczony – 76, 81%, zamówienie z wolnej ręki – 16, 06%, przetarg ograniczony – 4, 15%, negocjacje bez ogłoszenia – 1, 41%, zapytanie o cenę – 1, 05%, negocjacje z ogłoszeniem – 0, 47%, licytacja elektroniczna – 0, 03% i dialog konkurencyjny – 0, 02%⁷¹ (w 2007 r. – 0,04%. A w 2008 r. – 0,03%)⁷².

Na zakończenie należałoby wskazać, że istota dialogu konkurencyjnego polega na współpracy zamawiającego z wykonawcami w zakresie

⁷⁰ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 144.

⁷¹ *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2006 r.*, cz. II [w:] *Zamówienia publiczne*. Doradca 2007, nr 9, s. 52.

⁷² *Sprawozdanie z systemu funkcjonowania zamówień publicznych w 2008 r.*, UZP 2009, s. 22, www.uzp.gov.pl

tworzenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i doprecyzowania przedmiotu zamówienia. „Na gruncie prawa wspólnotowego podstawowe przeszkody w utworzeniu wspólnego rynku zostały już zniesione, gdyż zapewniono wolny przepływ towarów i usług, w szczególności poprzez zniesienie barier celnych. Dość dawno powstały silne fundamenty wspólnego rynku. Tendencją obecnych regulacji prawnych Unii Europejskiej jest przeciwdziałanie szczegółowym praktykom protekcyjnym. Przykładem tej tendencji jest zainteresowanie tych regulacji praktyką dyskryminacyjną stosowaną przez poszczególne państwa członkowskie w zakresie zamówień publicznych”⁷³.

⁷³ G. Herz, *Wspólnotowe prawo zamówień publicznych*, [w:] G. Herz, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce – studium prawne*, Warszawa 2005, s. 13.