

## **Specyfikacja istotnych warunków zamówienia - praktyczne wskazówki**

### **Uwagi ogólne**

1. Sporządzenie SIWZ należy do czynności związanych z przygotowaniem postępowania. SIWZ powinna być zatwierdzona przez kierownika zamawiającego albo przez pracownika zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył pisemnie dokonanie takiej czynności.
2. SIWZ jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Jest swoistym zaproszeniem wykonawców do składania ofert. Pozwala wykonawcom dowiedzieć się, czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający, czy są w stanie wykonać dane zamówienie oraz jakie są warunki udziału w postępowaniu.
3. SIWZ stanowi oświadczenie woli zamawiającego i badając zgodność oferty z jej treścią nie można wybiórczo opierać się wyłącznie na postanowieniach specyfikacji, a pomijać inne.
4. Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu
5. Wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień niezgodnych z przepisami Pzp powoduje, że postanowienie takie jest nieważne jako sprzeczne z prawem, a zatem postanowienie takie nie może zastąpić, czy modyfikować regulacji ustawowej.
6. SIWZ zatwierdzony przez kierownika zamawiającego albo przez pracownika zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył pisemnie dokonanie takiej czynności, stanowi załącznik do protokołu postępowania.
7. Wzór umowy stanowi część treści SIWZ.

### **Udostępnianie treści SIWZ**

8. Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego udostępnia specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, albo od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

9. Zamawiający nie ma obowiązku udostępniania części specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, jeżeli nałożył na wykonawców wymogi mające na celu ochronę poufnej charakteru informacji, udostępnianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. **W takim przypadku zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia środki mające na celu ochronę poufnej charakteru informacji oraz wskazuje sposób uzyskania tych informacji.**
10. Obligatoryjną treść SIWZ określa art. 36 ust. 1 pkt 1-4, 6 (w zakresie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp), 7, 9-13, 16-17 Pzp.
11. Elementy SIWZ określone w art. 36 ust. 1 pkt 5, 5a, 6, 8, 14 i 15 Pzp są fakultatywnymi:

a) **art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp - warunki udziału w postępowaniu;**

Po wejściu w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. zamawiający określa w SIWZ tylko te warunki udziału w postępowaniu, które musi spełnić wykonawca oraz wskazuje wykaz dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków.

Jeżeli zamawiający nie żąda, aby dany warunek wykonawca spełnił, nie określa tego warunku w SIWZ.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia, a także spełnianie wymagań zamawiającego przez oferowane świadczenia, zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W przypadku, gdy zamawiający nie formułuje wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie wykonawcy o ich spełnieniu nie stanowi dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, a tym samym nie ma podstaw do jego żądania. Powyższe nie dotyczy obowiązku złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, które każdorazowo niezależnie od woli zamawiającego podlega badaniu.

Jeżeli zamawiający nie sformułował formułuje wymagań w zakresie określonych warunków udziału w postępowaniu, nie może żądać oświadczenia o ich spełnieniu.

W przeciwnym razie stanowi to naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp.

b) **art. 36 ust. 1 pkt 5a Pzp - podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5;**

Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 Pzp).

W uchwale z dnia 26 maja 2017 r., KIO/KU 20/17, Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się ze stanowiskiem Prezesa UZP, że „w sytuacji, gdy zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, jest zobowiązany żądać dokumentów nie tylko na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp, ale również na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp.”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „(...) w obecnym stanie prawnym Zamawiający ma możliwość oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu także na podstawie oświadczeń wykonawców, bez względu na wartość zamówienia”.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „nie można było uznać, że Zamawiający naruszył dyspozycję art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 5 pkt 1, 5-9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców. Przepis ten nie ogranicza Zamawiającego w zakresie żądania określonych dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu.

Przepis ten stanowi jedynie wskazanie, że Zamawiający nie może rozszerzyć katalogu dokumentów (ponad to, co jest niezbędne do oceny warunków udziału w postępowaniu oraz wynika z rozporządzenia).”

- c) **art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp** - wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

Zob. art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp.

- d) **art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp** - informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Jeżeli zamawiający nie przewiduje informacji o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zamieszcza w SIWZ informacji, o której mowa w art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp.

- e) **art. 36 ust. 1 pkt 8 i 15 Pzp** - wymagania dotyczące wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Jeżeli zamawiający nie żąda wniesienia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie zamieszcza w SIWZ wymagań dotyczących wadium i zabezpieczenia.

12. Zgodnie z art. 36b ust. 1 Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

13. Na podstawie art. 36b ust. 1a Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.
14. W przypadku, gdy przepisy Pzp nie stanowią inaczej, SIWZ zawiera również elementy, o których mowa w art. 36 ust. 2 Pzp.
15. Zamawiający może również zamieścić w SIWZ informacje, **o których mowa między innymi w:**
  - a) art. 36a ust. 2 Pzp (zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy)
  - b) art. 36aa Pzp (informacja o podzieleniu zamówienia na części);
  - c) art. 36b ust. 1b Pzp (zamawiający może żądać informacji, o których mowa w art. 36b ust. 1a Pzp, w przypadku zamówień na dostawy, usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, lub zamówień od dostawców uczestniczących w realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi);
  - d) art. 36ba ust. 1 i 3 Pzp (jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, lub oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy; przepis art. 36ba ust. 1 Pzp stosuje się wobec dalszych podwykonawców, jeżeli zamawiający przewidział to w SIWZ).
  - e) art. 25a ust. 5 Pzp (na żądanie zamawiającego, wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu: składa jednolite dokumenty dotyczące podwykonawców, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp albo zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp).

16. Zamawiający może w SIWZ określić w SIWZ, w jakim zakresie będzie badać, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu trzeciego podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 Pzp.

Zgodnie z opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych „Stosownie do dyspozycji art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbadać czy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego potencjał nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp. W świetle przepisów ustawy Pzp, ocena czy w stosunku do podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał realizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ustawy Pzp, powinna przebiegać w oparciu o takie same zasady, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje. Tym samym, jeżeli zamawiający w toku postępowania o udzielenie publicznego nie bada podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, w stosunku do wykonawcy, nie może zweryfikować w tym zakresie podmiotu trzeciego i żądać przedstawienia przez ten podmiot odpowiednich dokumentów. Analogiczna reguła ma zastosowanie do wszystkich przesłanek dotyczących braku podstaw do wykluczenia - jeśli zamawiający nie żądał w postępowaniu przedłożenia określonych dokumentów podmiotowych od wykonawcy obowiązek ich przedłożenia nie dotyczy także podmiotu trzeciego.”

### **Wyjaśnianie i zmiana treści SIWZ**

W przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści SIWZ, a tylko uszczegółwiają tam znajdujące się postanowienia, zamawiający może poprzestać tylko na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji specyfikacji czy nie publikować zmian w ogłoszeniu.

Zamawiający nie musi także za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień.

Wyjaśnienia treści specyfikacji służą doprecyzowaniu, rozwinięciu kwestii wynikających z postanowień w celu przedstawienia ich celowościowego rozumienia, niedoprecyzowanych z różnych przyczyn na etapie tworzenia SIWZ.

Wyjaśnienia treści SIWZ stanowią uszczegółwienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniami.

Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ, stanowi zmianę treści SIWZ.

Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień.

17. W trybie przetargu nieograniczonego co do zasady treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający bez ujawniania źródła zapytania, udostępniana na stronie internetowej, na której udostępnia SIWZ.

Został uchylony art. 42 ust. 2 Pzp („Na wniosek wykonawcy zamawiający przekazuje w terminie 5 dni specyfikację istotnych warunków zamówienia. Oplata, jakiej można żądać za specyfikację istotnych warunków zamówienia, może pokrywać jedynie koszty jej druku oraz przekazania”).

Jeżeli w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający nie przekazuje wykonawcy, na wniosek, SIWZ, treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający również nie przekazuje wykonawcom.

18. Tylko w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SIWZ.
19. W trybie przetargu nieograniczonego dokonaną zmianę treści SIWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej.
20. Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:
- a) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp;
  - b) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.
21. Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w wyniku zmiany treści SIWZ nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, na której jest udostępniana SIWZ.

Treść art. 38 ust. 6 i 4a Pzp prowadzi do wniosku, że ustawodawca z punktu widzenia wpływu na treść ogłoszenia o zamówieniu rozróżnia dwie kategorie zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, określając obowiązki zamawiającego w tym przypadku w przepisie art. 38 ust. 4a Pzp, oraz zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, określając obowiązki zamawiającego w tym przypadku w przepisie art. 38 ust. 6 Pzp, co oznacza istnienie różnego podziału zmian, jakich dokonać może zamawiający w toku

postępowania, a w konsekwencji wykluczenie możliwości jednoczesnego zaliczenia jednej zmiany do dwóch kategorii.

Przepis art. 38 ust. 6 Pzp nakazuje zamawiającemu przedłużyć termin składania ofert, jeżeli jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach i poinformować o tym fakcie wykonawców.

Brzmienie przepisu art. 38 ust. 4a Pzp jest jednoznaczne - każda zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana w przetargu nieograniczonym, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu skutkuje obowiązkiem zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 oraz zmianą terminu składania ofert, zgodnie z art. 12a ust. 2 Pzp.

W wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1828/09, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Dla oceny konieczności dokonania zmiany terminu składania ofert należy wziąć po uwagę treść art. 38 ust. 6 ustawy p.z.p., zgodnie z którym, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert. Z obowiązującego przepisu wynika zatem, że przesunięcie terminu uwarunkowane jest koniecznością zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na dokonanie zmian w ofertach. Ocenę takiej konieczności ustawa pozostawia zamawiającemu”.

W wyroku Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2006 r., UZP/ZO/0-499/06, Zespół Arbitrów podkreślił, że „dokonując oceny, czy w sprawie doszło do naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można abstrahować od okoliczności konkretnego przypadku oraz wpływu modyfikacji SIWZ na możliwość przygotowania ofert przez zainteresowanego wykonawcę. Zespół Arbitrów uważa, że obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 38 ust. 6 jest skorelowany z obiektywną - w warunkach dokonywanych uzupełnień i wyjaśnień - koniecznością zapewnienia wykonawcom możliwości przygotowania oferty. Takiej oceny dokonuje Zamawiający, a kontroluje Zespół Arbitrów i właściwy Sąd Okręgowy”.

Stan prawny na dzień 10 października 2017 r.