Pojęcia kluczowe: *zamówienia publiczne, kryteria pozacenowe, samodzielne wykonanie zamówienia, podwykonawstwo*

Artykuły

Maria Michta

SAMODZIELNOŚĆ WYKONANIA JAKO KRYTERIUM OCENY OFERT W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Pozacenowe kryteria oceny ofert są niezwykle ważne w reżimie zamówień publicznych. Autorka w ramach rozważań stara się odpowiedzieć na pytanie o dopuszczalność zastosowania kryterium samodzielnego wykonania zamówienia oraz ewentualne wymagania, którym kryterium takie musiałoby odpowiadać ze względu na regulacje dotyczące podwykonawstwa w zamówieniach publicznych.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 18 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych[1]). Wyboru najkorzystniejszej oferty dokonuje się na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia (art. 239 ust. 1 p.z.p.[2]). Ofertą najkorzystniejszą jest bowiem oferta

[1] Ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej p.z.p. Z dniem 1.01.2021 r. w życie weszła nowa regulacja dotycząca zamówień publicznych, zastępująca uprzednio obowiązującą ustawę z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), dalej dawna ustawa p.z.p. W tekście autorka odwołuje się w znacznej mierze do poglądów orzecznictwa wyrażonych na tle uprzednio obowiązującej ustawy, co do zasady zachowały one swą aktualność.

[2] Art. 239 p.z.p., podobnie jak inne artykuły unormowane w dziale II Prawa zamówień publicznych, znajduje zastosowanie do zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak również – na podstawie art. 266 p.z.p. – do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne (z wyjątkiem regulacji wymienionych w art. 266 p.z.p.).

 DOI: 10.54383/0031-0344.2022.3.4

przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239 ust. 2 p.z.p.). Jak zatem wynika z powyższego, w celu dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający ma obowiązek określić kryteria dokonania tego wyboru.

Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu bądź też ceny lub kosztu (art. 242 ust. 1 p.z.p.)[3], przy czym w przypadku określonych kategorii zamawiających publicznych (jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych[4], innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej oraz ich związków) nie stosują one kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60% (art. 246 ust. 1 p.z.p.). Zamawiający powołani powyżej mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia (art. 246 ust. 2 p.z.p.)[5]. Co do zasady zatem poza ceną lub kosztem zamawiający powinien określić inne kryterium (kryteria) o wadze co najmniej 40%. Taki obowiązek nie został wyartykułowany w ustawie – Prawo zamówień publicznych co do innych zamawiających, chociaż wskazane jest, by i tacy zamawiający rozważyli wprowadzenie kryteriów pozacenowych[6]. Informacja dotycząca kryteriów i wag im przypisanych zamieszczana jest przez zamawiających w dokumentach postępowania zgodnie z przepisami regulującymi dany tryb postępowania.

Jak zatem wynika z powyższego, zagadnienie kryteriów pozacenowych[7] jest istotne w reżimie zamówień publicznych. Tematem podjętym w ramach rozważań uczyniłam dopuszczalność posłużenia się przez zamawiającego jako kryterium pozacenowym samodzielnością wykonania przedmiotu zamówienia lub też jego części w kontekście zamówień klasycznych. W celu udzielenia odpowiedzi w tym zakresie odnieść należy się do zagadnienia pozacenowych kryteriów oceny ofert w ogólności[8] oraz dopuszczalności podwykonawstwa w ramach regulacji

[3] Zob. jednak art. 243 i art. 244 p.z.p.

[4] Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 305), dalej u.f.p.

[5] Zob. art. 246 ust. 2 p.z.p. Regulacja ta stanowi implementację motywu 90 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. L nr 94 z 28.03.2014 r., s. 65); dalej dyrektywa 2014/24.

[6] Pamiętać należy jednak o art. 243 i art. 244 p.z.p.

[7] Pojęciem tym powszechnie obejmuje się kryteria pozacenowe i pozakosztowe.

[8] Regulacja dotycząca kryteriów oceny ofert stanowi implementację art. 67 dyrektywy 2014/24. Warto zauważyć, że ustawodawca unijny posługuje się pojęciem oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Jako taką ofertę w szczególności powinno postrzegać się ofertę, w ramach której przedstawiona została najlepsza relacja ceny do jakości – tak J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*, Warszawa 2017, Legalis/el., komentarz elektroniczny

ustawy – Prawo zamówień publicznych i ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny[9]. Dopiero rozważania poczynione w tymże zakresie umożliwiają analizę dopuszczalności kryterium samodzielności w reżimie zamówień publicznych. Rozważania czynione są z zastrzeżeniem, że samodzielność wykonania rozumiana jest jako wykonanie osobiste – bez udziału podwykonawców – przez wykonawcę.

POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT

Pozacenowe kryteria oceny ofert mogą dotyczyć wyłącznie przedmiotu zamówienia, nie mogą natomiast odnosić się do właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 1 p.z.p.), w tym wiarygodności ekonomicznej, technicznej ani finansowej wykonawcy (art. 241 ust. 3 p.z.p.). Kwestie podmiotowe są badane na innym etapie postępowania – w ramach analizy spełnienia warunków udziału w postępowaniu[10]. W zakres pojęcia przedmiotu zamówienia wchodzą przede wszystkim fizyczne cechy przedmiotu, do którego odnosi się świadczenie, jak również wymagania co do sposobu spełnienia świadczenia[11]. Kryteria oceny ofert uznać należy za związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia (art. 241 ust. 2 p.z.p.[12])[13]. Przy doborze kryteriów zamawiający powinien zatem kierować się tym, by były one związane z przedmiotem zamówienia, oderwane bezpośrednio od właściwości wykonawcy[14].

Wybór kryteriów powinien być dokonany po uprzedniej wnikliwej analizie przedmiotu zamówienia (zob. art. 240 ust. 2 p.z.p.), tak by kryteria umożliwiły dokonanie wyboru oferty, która oprócz ceny lub kosztu będzie swym przedmiotem w jak najwyższym stopniu zaspokajać uzasadnione potrzeby zamawiającego, oczywiście z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców[15]. Zamawiający jest bowiem uprawniony do ustalenia kryteriów, któ-

do art. 67 dyrektywy 2014/24. Należy jednak odróżnić pojęcie oferty z najniższą ceną i oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Zob. także motyw 89 dyrektywy 2014/24.

9 Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2021 r. poz. 1509 zm.), dalej k.c.

10 Zob. J. Pawelec, *Dyrektywa...*, komentarz elektroniczny do art. 67 dyrektywy 2014/24; D. Koba, *Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk*, cz. 1, s. 7, www.uzp.gov.pl.

11 Zob. W. Dzierżanowski (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz elektroniczny do art. 241 p.z.p.

12 Regulacja ta stanowi implementację art. 67 ust. 3 dyrektywy 2014/24.

13 Zob. P. Wójcik (w:) A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz elektroniczny do art. 241 p.z.p.

14 Zob. M. Sieradzka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis/el., komentarz elektroniczny do art. 91 dawnej ustawy p.z.p.

15 Zob. D. Grześkowiak-Stojek (w:) *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el., red. M. Jaworska, komentarz elektroniczny do art. 91 dawnej ustawy p.z.p.

re pozwolą na wybranie oferty odpowiadającej jego uzasadnionym potrzebom. Nie ma on obowiązku stosowania wyłącznie kryterium ceny dla wyboru oferty najkorzystniejszej (a czasami nawet nie może tak uczynić – zob. art. 243, art. 244, art. 246 p.z.p.). Jako dysponent środków jest uprawniony – z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych – do ustalenia, w jaki sposób środki te zostaną zagospodarowane, tak aby w najwyższym stopniu pozwalały na osiągnięcie celów i zadań realizowanych przez zamawiającego[16]. Zamawiający powinien także dostosować wagę poszczególnych kryteriów, tak by osiągnąć te cele[17].

Dokonując doboru kryteriów oceny oferty, zamawiający powinien mieć na względzie także treść art. 44 ust. 3 pkt 1 i 2 u.f.p. Z regulacji tejże wynika, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Dodatkowe kryterium – poza kryterium ceny (kosztu) – oddziałuje bowiem automatycznie na cenę.

Kryteria powinny być obiektywne – sformułowane tak, by maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucia, osobiste preferencje oceniającego[18]. Subiektywizm kryteriów powinien być uwidoczniony poprzez egzemplifikację w ich ramach preferencji zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia[19]. Ma to skutkować efektywną konkurencją, obiektywnym porównaniem ofert, tak by wybrana została oferta najkorzystniejsza ekonomicznie o najlepszej relacji jakości do ceny[20]. Zamawiający ma tak dobrać kryteria, by umożliwiły one wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – wysokiej jakości przedmiotu optymalnie odpowiadającego jego potrzebom (m.in. w zakresie efektywnego wykonania zamówienia z uwzględnieniem czynników jakościowych i finansowych[21])[22]. Właściwy dobór kryteriów zapewnić ma zatem efektywną realizację przedmiotu zamówienia, zarówno przy uwzględnieniu czynników jakościowych, jak i finansowych[23].

Kryteria pozacenowe powinny zostać wskazane wyraźnie w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu, sformułowane w sposób jednoznaczny i zrozumiały[24] (art. 240 ust. 1 p.z.p.). Powinny być one w miarę możliwości do-

[16] Zob. wyrok KIO z 12.10.2010 r. (KIO 2093/10), Legalis nr 332243.

[17] Tak KIO w wyroku z 24.02.2012 r. (KIO 291/12), Legalis nr 528312.

[18] J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis/el., komentarz elektroniczny do art. 91 dawnej ustawy p.z.p.

[19] Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17.11.2015 r. (XXIII Ga 1401/15), www.saos.org.pl; zob. również wyrok KIO z 3.04.2009 r. (KIO/UZP 368/09), Legalis nr 141666.

[20] Zob. motyw 90 dyrektywy 2014/24.

[21] Zob. m.in. wyrok KIO z 10.05.2016 r. (KIO 645/16), Legalis nr 1482184.

[22] D. Grześkowiak-Stojek (w:) *Prawo...*, komentarz elektroniczny do art. 91 dawnej ustawy p.z.p. Zob. również wyrok KIO z 16.8.2017 r. (KIO 1576/17), Legalis nr 1692130.

[23] D. Grześkowiak-Stojek (w:) *Prawo...*, komentarz elektroniczny do art. 91 dawnej ustawy p.z.p. Zob. również motyw 92 dyrektywy 2014/24.

[24] Zob. wyrok TSUE z 7.10.2004 r. w sprawie C-247/02, Legalis nr 125119; wyrok TSUE z 17.09.2002 r. w sprawie C-513/99, Legalis nr 122549; D. Grześkowiak-Stojek (w:) *Prawo...*, komentarz elektroniczny do art. 91 dawnej ustawy p.z.p. Zob. również motyw 90 dyrektywy 2014/24.

kładnie opisane, nie jest wystarczające wskazanie wyłącznie nazwy kryterium. Nieodzowne jest określenie, w jaki sposób zamawiający będzie dokonywał oceny w ramach tego kryterium, jednocześnie do wiadomości wykonawców powinien być podany sposób oceny ofert na podstawie danego kryterium. Co do zasady sposób oceny powinien nadawać się do wyrażenia z zastosowaniem wzoru matematycznego, ocena w ramach kryteriów powinna być stopniowalna. Wykonawca biorący udział w postępowaniu powinien móc powziąć wiedzę o wadze przypisanej danemu kryterium, ale także o tym, za co przyznawane będą w ramach kryterium punkty[25]. Opis kryteriów zapewnić ma weryfikowalność[26] – istotą kryteriów jest umożliwienie dokonania oceny porównawczej poziomu wykonania zamówienia (zob. art. 240 ust. 2 p.z.p.)[27].

Zamawiający powinien wymagać od wykonawców wykazania, że oferowane w ramach kryteriów parametry zostaną dopełnione, oraz uregulować sankcje za ich niedochowanie[28]. Kryteria powinny być zatem ściśle powiązane z opisem przedmiotu zamówienia, ale równocześnie także z postanowieniami umowy, np. w zakresie kar umownych[29].

ZASADA DOPUSZCZALNOŚCI PODWYKONAWSTWA

W celu poczynienia rozważań co do dopuszczalności sformułowania kryterium samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia (lub jego części) należy odnieść się także do dopuszczalności samego podwykonawstwa w reżimie zamówień publicznych. W tym względzie, mając na uwadze, że ustawa – Prawo zamówień publicznych co do zasady stanowi *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego (zob. art. 8 ust. 1 p.z.p.), uwzględnić należy obie regulacje w stosownym zakresie[30].

KODEKS CYWILNY

Nieodzowne w pierwszej kolejności jest odwołanie do art. 356 § 1 k.c. Zgodnie z tą regulacją zasadą ogólną jest to, że dłużnik nie musi osobiście wykonać świadczenia. Dłużnik może zasadniczo posłużyć się innymi osobami, które bądź to samodzielnie, bądź to razem z nim wykonają całość lub też część obowiązków

[25] Tak KIO w wyroku z 24.02.2012 r. (KIO 291/12), Legalis nr 528312. Co do kształtowania kryteriów pozacenowych zob. więcej m.in. R. Szostak, *Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2014/4, https://czasopisma.beck.pl/prawo-zamowien-publicznych/artykul/kryteria-oceny-ofert-przetargowych-w-nowym-ujeciu/ (dostęp: 20.11.2021 r.).

[26] Zob. art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Zob. J. Pawelec, *Dyrektywa...*, komentarz elektroniczny do art. 67 dyrektywy 2014/24.

[27] Zob. motyw 92 dyrektywy 2014/24.

[28] D. Koba, *Pozacenowe...*, cz. 1, s. 10, www.uzp.gov.pl.

[29] Tak KIO w wyroku z 24.02.2012 r. (KIO 291/12), Legalis nr 528312. Zob. również wyrok KIO z 19.12.2016 r. (KIO 2280/16), Legalis nr 1560170.

[30] Zob. M. Michta, *Umowa o podwykonawstwo w Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 31–32.

w celu zaspokojenia wierzyciela[31]. Obowiązek osobistego wykonania powstaje jedynie, gdy wynika to z: treści czynności prawnej[32], ustawy[33], właściwości świadczenia[34] (art. 356 § 1 k.c.[35]).

Warto zważyć, że w art. 356 § 1 k.c. ustawodawca nieprzypadkowo posłużył się sformułowaniem „może żądać osobistego świadczenia dłużnika" w kontekście możności żądania przez wierzyciela osobistego wykonania świadczenia przez dłużnika, pozostawiając pod rozwagę wierzyciela możliwość skorzystania z tegoż uprawnienia. Pomimo spełnienia hipotezy art. 356 § 1 k.c. świadczenie osobiste dłużnika może być, co do zasady, spełnione przez osobę trzecią za zgodą wierzyciela. Osoba trzecia musi być ku temu upoważniona przez dłużnika. Przy spełnieniu tych przesłanek sytuacja nie może zostać zakwalifikowana jako naruszenie obowiązku osobistego świadczenia[36].

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

W tak zakreślonym kontekście należy odnieść się do uregulowań zawartych w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Zasadą jest dopuszczalność powierzenia przez wykonawcę wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 462 ust. 1 p.z.p.)[37]. Zamawiający ma prawo do zastrzeżenia wymogu osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowalne lub usługi (art. 121 pkt 1 p.z.p.) lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy (art. 121 pkt 2 p.z.p.). Jak zatem wynika z powyższego, ograniczenie podwykonawstwa na podstawie uregulowań ustawy – Prawo zamówień publicznych może wystąpić wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, związanych z charakterem i zakresem zamówienia, jak również z uwagi na oczekiwane przez zamawiającego osobiste przymioty wykonawcy, mające znaczenie dla

[31] Zob. m.in. P. Machnikowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 132.

[32] Wyłączenia możliwości przewidzenia przez strony czynności prawnej obowiązku osobistego wykonania świadczenia wynikać mogą z przepisów szczególnych.

[33] Por. m.in. art. 106 k.c. Ustawodawca w regulacji odniósł się do „ustawy", jednak obowiązek osobistego świadczenia wynikać może z każdego aktu będącego powszechnie obowiązującym źródłem prawa – tak M. Gutowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449[11]*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, t. 1, s. 1262.

[34] Świadczenie, które nie jest spełnione osobiście przez dłużnika, nie posiada przymiotów wyróżniających je w sytuacji osobistego świadczenia dłużnika. Wartość świadczenia dla wierzyciela jest immanentnie związana z osobistym świadczeniem przez dłużnika. Zob. W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 312. Warto zważyć na unormowanie art. 354 k.c. – reguły tam przewidziane mogą pomóc w określeniu, czy świadczenie jest świadczeniem osobistym.

[35] Należy mieć jednak na względzie regulację z art. 356 § 2 k.c.

[36] Tak też m.in. A. Olejniczak (w:) *Kodeks cywilny, Zobowiązania. Część ogólna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, t. 3, s. 61.

[37] Zob. m.in. uchwała KIO z 24.03.2011 r. (KIO/KD 20/14), www.uzp.gov.pl; wyrok KIO z 21.05.2014 r. (KIO 923/14), Legalis nr 9818008; wyrok KIO z 22.12.2014 r. (KIO 2593/14), Legalis nr 1206453.

należytego wykonania przedmiotu zamówienia[38]. Warto zważyć, że zgodnie z regulacją ustawową uprawnienie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania zostało ograniczone do kluczowych zadań. Mając na względzie wykładnię literalną, wywieść można, że ustawodawca nie dopuszcza możliwości zastrzeżenia całości zamówienia do osobistego wykonania[39]. Wydaje się jednak, że mogą wystąpić wyjątkowe sytuacje, w ramach których całość zamówienia może zostać objęta obowiązkiem osobistego wykonania – wszystkie świadczenia składające się na przedmiot zobowiązania stanowiącego niepodzielną, integralną całość związane są z przymiotami wykonawcy – pojęcie kluczowych zadań pokrywa się z całym przedmiotem świadczenia[40]. W tej materii należy być jednak wyjątkowo ostrożnym, dopuszczalność podwykonawstwa została ograniczona do części zamówienia, co wyklucza co do zasady możliwość powierzenia całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom[41]. Zastrzeżenie kluczowych zadań w stosunku do całości przedmiotu zamówienia jest zabiegiem ryzykownym. Jeżeli z samej właściwości świadczenia wynika osobisty jego charakter, zastosowanie znajdzie obowiązek osobistego wykonania z Kodeksu cywilnego.

KODEKS CYWILNY A PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Poddania pod rozwagę wymaga stosunek uregulowania zawartego w ustawie – Prawo zamówień publicznych do unormowania Kodeksu cywilnego w zakresie problematyki dopuszczalności podwykonawstwa. W treści art. 121, art. 462 ust. 1 p.z.p. nie zostało wyłączone zastosowanie art. 356 § 1 k.c. Regulacja Kodeksu cywilnego znajduje zatem zastosowanie, gdy ustawa – Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej. Wymóg osobistego świadczenia może wynikać z ustawy, czynności prawnej bądź właściwości świadczenia. Obowiązek ten może zatem powstać dla wykonawcy nie tylko na podstawie art. 121 pkt 1 bądź 2 p.z.p., ale również na podstawie innej ustawy bądź samej właściwości świadczenia. Ustawodawca dokładnie określił przypadki, które na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych uprawniają zamawiającego do ograniczenia możliwości podwykonawstwa (art. 121 pkt 1 lub 2 p.z.p.). Regulacja ta stanowi *lex specialis* w stosunku do unormowania zawartego w Kodeksie cywilnym. Ma ona charakter bezwzględnie obowiązujący. Kompetencja zamawiającego do zastrzeżenia wymogu osobistego wykonania świadczenia przez wykonawcę została w tym

[38] Zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 9.11.2016 r. (III SA/Wr 921/16), Legalis nr 1588252.

[39] Tak m.in. A. Smerd (w:) A. Hryc-Ląd, A. Smerd, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych 2016, Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016, s. 110.

[40] Tak A. Szyszkowski, *Podwykonawcy w postępowaniu i w realizacji zamówienia*, Warszawa 2014, Legalis/el. Zob. także wyrok WSA w Lublinie z 21.03.2017 r. (III SA/Lu 826/16), LEX nr 2305616. Uzasadnieniem dla takiego działania nie jest jednak to, że każdy z elementów robót czy też usług ma wpływ na końcowy efekt wykonania całości zamówienia (jeżeli jest to jedyny argument). Zob. uchwała KIO z 11.8.2015 r. (KIO/KD 43/15), www.uzp.gov.pl.

[41] Zob. M. Michta, *Umowa...*, s. 61–71; A. Gawrońska-Baran (w:) A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo...*, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz elektroniczny do art. 462. Por. jednak W. Dzierżanowski (w:) *Prawo...*, komentarz elektroniczny do art. 462 p.z.p.

względzie ograniczona[42] – zawężona została możność zastrzeżenia osobistego wykonania świadczenia w ramach czynności prawnej.

W reżimie zamówień publicznych co do zasady dopuszczalne jest powierzenie przez wykonawcę wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 462 ust. 1 p.z.p.)[43]. Dokonując wykładni art. 462 ust. 1 p.z.p., należy mieć na względzie unormowanie zawarte w art. 121 p.z.p. oraz art. 356 k.c. Ustawodawca w ramach tychże regulacji dokonał doprecyzowania zakresu zamówienia, który może zostać wykonany w ramach podwykonawstwa. Wykonawca może zatem powierzyć podwykonawcom wykonanie części przedmiotu zamówienia: niezastrzeżone przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę na podstawie art. 121 pkt 1 lub 2 p.z.p.[44] oraz te, co do których obowiązek osobistego wykonania nie powstaje na podstawie art. 356 k.c. (w przypadku zamówień publicznych właściwości świadczenia lub ustawy). W przypadku gdy nie powstaje obowiązek osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę (na podstawie regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych lub Kodeksu cywilnego), to od jego decyzji zależy, czy przedmiot zamówienia wykona sam, czy też przy udziale podwykonawców[45].

Dokonanie przez zamawiającego ograniczenia możności angażowania w wykonanie przedmiotu zamówienia podwykonawców powinno być poprzedzone wnikliwą analizą. Ograniczenie takowe powinno być uzasadnione właściwościami danego świadczenia. Ustawodawca w ustawie – Prawo zamówień publicznych przewidział dla zamawiającego uprawnienie ograniczenia podwykonawstwa po spełnieniu określonych przesłanek (z art. 121 pkt 1 lub 2 p.z.p.). Ze względu na możliwy zakres ograniczeń dla wykonania zastrzeżonej części zamówienia (prac) szczególnie istotne powinny być osobiste doświadczenie i wiedza wykonawcy[46]. Zważyć należy, że jakiekolwiek ograniczenia podwykonawstwa w wykonanie przedmiotu zamówienia skutkują potencjalnym zawężeniem kręgu podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Takie postępowanie może zatem zostać zakwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 p.z.p.). To na zamawiającym spoczywa wykazanie, że ograniczenie podwykonawstwa było uzasadnione[47]. Ograniczenie podwykonawstwa może skutkować rów-

[42] Tak M. Stachowiak (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz elektroniczny do art. 121 p.z.p.

[43] Zob. m.in. uchwała KIO z 24.03.2011 r. (KIO/KD 20/14), www.uzp.gov.pl; wyrok KIO z 21.05.2014 r. (KIO 923/14), Legalis nr 9818008; wyrok KIO z 22.12.2014 r. (KIO 2593/14), Legalis nr 1206453.

[44] Zob. uchwała KIO z 4.11.2016 r. (KIO/KU 67/16), www.uzp.gov.pl.

[45] Tak KIO w wyroku z 20.02.2017 r. (KIO 236/17), Legalis nr 1580901. Regulacja ta odpowiada celowi dyrektywy 2014/24 – otwarciu rynku zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw – zob. m.in. motyw 78 dyrektywy 2014/24.

[46] Mogą być to prace szczególnie skomplikowane bądź o znaczeniu strategicznym dla całej inwestycji – tak A. Smerd (w:) A. Hryc-Ląd, A. Smerd, A. Gawrońska-Baran, *Prawo...*, s. 110.

[47] Zob. wyrok KIO z 21.05.2014 r. (KIO 923/14), Legalis nr 981808; uchwała KIO z 7.11.2013 r. (KIO/

nież wzrostem kosztów wykonania zamówienia. W tym względzie istotna jest zatem także regulacja dotycząca finansów publicznych.

KRYTERIUM SAMODZIELNOŚCI

Mając na względzie poczynione ustalenia, należy odnieść się w pierwszej kolejności do zagadnienia, czy kryterium samodzielności jest dopuszczalne w kontekście wymogu, by kryterium odnosiło się do przedmiotu zamówienia. Wyrażany jest pogląd, że dotyczy ono strony podmiotowej – właściwości wykonawcy. Na uzasadnienie takiego twierdzenia przywoływany jest argument, że kryterium to odwołuje się do zdolności wykonawcy do samodzielnego wykonania zamówienia publicznego, zatem do wiarygodności technicznej wykonawcy. Kryterium takie dotyczy bowiem zakresu przedmiotu zamówienia, który może być świadczony samodzielnie przez wykonawcę. Podnosi się przy tym, że faworyzuje ono duże podmioty. Zabieg taki jest natomiast sprzeczny z intencją prawodawcy unijnego i krajowego, którzy za cel obrali sobie zwiększenie udziału MŚP[48] w rynku zamówień publicznych (sprzeczność wystąpiłaby m.in. z motywami 2, 78, 79 dyrektywy 2014/24). Argumentuje się przy tym, że jednym ze sposobów ułatwienia dostępu MŚP do zamówień publicznych jest podwykonawstwo. Kryterium zdolności zawodowych personelu wykonawcy nie znajduje zastosowania do zdolności zawodowych samego wykonawcy. Zamawiający nie może odnosić kryteriów do właściwości podmiotowych wykonawcy, w szczególności zdolności technicznej, określonych potencjałem technicznym, od którego zakresu i poziomu zależy, czy wykonawca, chcąc uzyskać zamówienie, będzie musiał skorzystać z podwykonawców. Podnosi się, że ustanowienie kryterium samodzielności ogranicza udział MŚP w zamówieniach publicznych w charakterze podwykonawców i jest postacią obejścia zasad dotyczących ustanawiania kryteriów, jak również narusza zasady wydatkowania środków uregulowanych art. 44 ust. 3 u.f.p. Ograniczenie dostępu do zamówień publicznych MŚP poprzez ograniczenie podwykonawstwa występujące w konsekwencji ustanowienia kryterium samodzielności nie koreluje z jakością realizowanego zamówienia, ani też z technicznym czy też organizacyjnym sposobem jego wykonania[49].

W opozycji do wyżej przytoczonego poglądu podnosić można, że w przypadku kryterium samodzielności wykonania nie dotyczy ono bezpośrednio strony podmiotowej, odnosi się do niej w sposób pośredni[50]. Nie podlega tu ocenie wiarygodność wykonawcy, jego zdolność do samodzielnego wykonania; oce-

KU 97/13), Legalis nr 749391; uchwała KIO z 24.03.2011 r. (KIO/KD 20/14), Legalis nr 1315523; wyrok KIO z 21.05.2014 r. (KIO 923/14), Legalis nr 981808.

48 Mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw – nazewnictwo zgodne z przyjętym w dyrektywie 2014/24/UE, która w swej treści odwołuje się do zaleceń Komisji z 6.05.2003 r. dotyczących definicji przedsiębiorstw mikro-, małych i średnich (Dz.Urz. UE L 124 z 20.05.2003 r.).

49 Tak P. Karkoszka, *Kryteria oceny ofert faworyzujące wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne wykonanie zamówienia*, Warszawa 2020, LEX/el.

50 Por. P. Wójcik (w:) A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo...*, komentarz elektroniczny do art. 241 p.z.p.

niany jest natomiast deklarowany sposób wykonania przedmiotu zamówienia – osobisty, który tożsamy jest z przydaniem określonych właściwości przyszłemu przedmiotowi zamówienia, lub też niesamodzielny, który już nie jest koniecznie z tym równoznaczny. Podlega tu weryfikacji nie tyle zdolność wykonawcy do osobistego wykonania przedmiotu zamówienia, ile wartościuje się możność osobistego wykonania skutkującą wykonaniem przedmiotu zamówienia w szczególny, pożądany przez zamawiającego sposób. Zamawiający przyznaje punkty za aktualizację związku między wykonawcą a zakresem przedmiotu zamówienia określonym przez zamawiającego w postaci osobistego wykonania. Bardzo istotny jest tu zakres możliwego zastrzeżenia kryterium samodzielności – determinowany poprzez art. 121 p.z.p. (o czym poniżej) – ograniczony uprawnieniem zamawiającego do zastrzeżenia osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę i nie wykracza poza ten obszar. W tym względzie za nietrafny uznać należy argument o próbie obejścia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez ograniczenie podwykonawstwa poza dopuszczalnym zakresem. Wydaje się zatem, że argumenty na poparcie poglądu o podmiotowym charakterze tegoż kryterium są niewystarczające. Kryterium samodzielności odnosi się co do zasady do przedmiotu zamówienia – aspektu jego jakości, która z określonych względów zależna jest od tego, czy przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez wykonawcę osobiście. Warunek zdolności technicznej lub zawodowej weryfikowany jest na innym etapie. W tym kontekście dopuszczalne jest sformułowanie kryterium oceny ofert jako samodzielnego wykonania.

Przyjmując, że kryterium samodzielności dotyczy przedmiotu zamówienia i jest zgodne z art. 241 p.z.p., odnieść należy się do dopuszczalności kryterium samodzielnego wykonania zamówienia, mając na względzie zagadnienie dopuszczalności podwykonawstwa w reżimie zamówień publicznych. Tak jak już nadmieniono, wykonawca zasadniczo jest uprawniony do wykonania części przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawców. Na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego ograniczenie podwykonawstwa w ramach umowy – czynności prawnej możliwe jest tylko w przypadku zastrzeżenia kluczowych zadań na podstawie art. 121 p.z.p. W pozostałym zakresie podwykonawstwo może doznać ograniczenia, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub ustawy. Wprawdzie wierzyciel (w tym przypadku zamawiający co do świadczenia – usług, dostaw lub robót budowlanych) może zrezygnować z osobistego wykonania świadczenia przez dłużnika, jednak ze względu na specyfikę zamówień publicznych nie jest to zachowanie dopuszczalne. Jeżeli z uwagi na właściwości świadczenia jest wskazane, by wykonał je osobiście dłużnik, zamawiający powinien tego wymagać. W tym zakresie – gdy obowiązek osobistego wykonania wynika z właściwości świadczenia lub ustawy – wydaje się, że jest niedopuszczalne uregulowanie przez zamawiającego jako kryterium oceny ofert samodzielnego wykonania zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia, w ramach którego występuje obowiązek osobistego wykonania świadczenia (z którego zamawiający nie powinien rezygnować). Skutkiem poczynienia takie-

go założenia jest stwierdzenie, że kryterium samodzielnego wykonania może zostać ewentualnie sformułowane w pozostałym zakresie. Pamiętać należy, że co do zasady podwykonawstwo jest dopuszczalne, a jego ograniczenie ściśle limitowane. Możliwość sformułowania kryterium samodzielnego wykonania części zamówienia ponownie doznaje zatem ograniczenia – jest ono możliwe tylko w zakresie, który jest dopuszczalny dla zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania zamówienia. Wydaje się, że w ramach przedmiotu zamówienia, który mógłby zostać przez zamawiającego zastrzeżony do osobistego wykonania, zamawiający może sformułować kryterium samodzielnego wykonania[51]. W tym bowiem zakresie zamawiający jest uprawniony do zastrzeżenia osobistego wykonania, może zatem zmodyfikować to uprawnienie, przekształcając je w kryterium i przydzielając punkty ofercie wykonawcy, który zaoferuje wykonanie określonej części przedmiotu zamówienia osobiście. W tym jednak względzie zamawiający powinien wykazać się ostrożnością. Stwierdzając, że wskazane byłoby wykonanie określonej części zamówienia osobiście przez wykonawcę, zamawiający powinien rozważyć, czy w tej mierze nie należy jednak poczynić zastrzeżenia obowiązku osobistego świadczenia przez dłużnika. Może bowiem zdarzyć się, że pomimo uregulowania samodzielnego wykonania jako kryterium za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, w ramach której wykonawca nie zadeklarował samodzielnego wykonania. W przypadku gdy zamawiający zdecyduje się na uregulowanie takiego kryterium, powinien tak je ukształtować, by odzwierciedlało jego realne, uzasadnione potrzeby. Formułując zatem takie kryterium, zamawiający musi wziąć pod uwagę szereg okoliczności zarówno co do zakresu, do którego kryterium miałoby się odnosić, jak również ukształtowania punktacji w tym zakresie. Objęcie zakresem kryterium samodzielnego wykonania całości zamówienia (stwierdzenie, że całości zamówienia można przydać przymiot kluczowego zadania, o czym powyżej) jest bardzo ryzykowne. W tej sytuacji zamawiający powinien raczej zdecydować się na objęcie zakresem kryterium części przedmiotu zamówienia, co do pozostałego zakresu obowiązek świadczenia osobistego powstanie w przypadku aktualizacji przesłanek z Kodeksu cywilnego.

Jak już nadmieniono, kryterium powinno być zrównoważone, podczas jego formułowania powinny zostać uwzględnione zasada równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji. Istotne jest, że w przypadku zaoferowania przez wykonawcę samodzielnego wykonania powinien on także w stosownym zakresie zadeklarować posłużenie się własnym doświadczeniem (por. art. 118 ust. 2 p.z.p.)[52].

[51] Tak B. Podraska, *Doświadczenie jako kryterium oceny ofert*, www.zamowienia-publiczne.net. O stosowaniu kryterium w kontekście kluczowych części zamówienia świadczą między innymi orzeczenia wydawane przez KIO – zob. m.in. wyrok KIO z 16.08.2017 r. (KIO 1576/17), Legalis nr 1692130; wyrok KIO z 13.03.2020 r. (KIO 439/20), Legalis nr 2334310; wyrok KIO z 22.05.2017 r. (KIO 861/17), www.przetargi.egospodarka.pl.

[52] Zob. B. Podraska, *Doświadczenie...*, www.zamowienia-publiczne.net.

Zamawiający powinien dokonać dokładnego opisu kryterium oceny ofert[53] – skonkretyzowania, co rozumie pod pojęciem samodzielnego wykonania, mając przy tym na względzie poglądy występujące w doktrynie i judykaturze dotyczące pojęcia osobistego wykonania[54]. Zamawiający, dokonując oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie może ich uszczegółowiać ani też odstępować od zasad sformułowanych w dokumentach postepowania[55].

Niewłaściwe skonstruowanie kryterium samodzielnego wykonania może skutkować ograniczeniem dostępu wykonawców do zamówienia oraz trudnościami w sporządzeniu konkurencyjnej oferty. Natomiast brak określenia kluczowych zadań przy jednoczesnym określeniu kryterium samodzielnego wykonania (procentowe w skali całości zadania) jest niedopuszczalny. Zabieg taki nie odzwierciedla realnych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, nie odnosi się w wystarczającym stopniu do przedmiotu zamówienia – kryterium samodzielności może skutkować uzyskaniem przez wykonawców maksymalnej liczby punktów w kryterium samodzielnego wykonania, a mimo to posłużenia się podwykonawcami do wykonania faktycznie istotnych części zamówienia. Ograniczenie możności zastrzeżenia kryterium samodzielnego wykonania do zakresu, w którym zamawiający może na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych zastrzec osobiste wykonanie, uniemożliwia uznanie go za próbę ograniczenia podwykonawstwa przy realizacji zamówienia, a w konsekwencji nadmierną ingerencję zamawiającego w prawa wykonawców. Zamawiający w ramach kryterium samodzielności powinien premiować wykonawców, którzy zaoferują osobiste wykonanie najbardziej istotnych z perspektywy zamawiającego części przedmiotu zamówienia[56].

WNIOSKI

Poczynione rozważania pozwalają na stwierdzenie, że sformułowanie przez zamawiającego kryterium samodzielnego wykonania części zamówienia może zostać uznane za dopuszczalne, jednak zamawiający nie może postępować w tej mierze dowolnie. Kryterium samodzielnego wykonania odnosi się do przedmiotu zamówienia – sposobu jego wykonania. Możność uregulowania takiego kryterium zawężona jest do zakresu kluczowych zadań. Ograniczenie takie motywowane jest tym, że w pozostałym zakresie bądź to obowiązek osobistego wykonania wynika wprost z przepisów prawa lub też z właściwości świadczenia, bądź też dozwolone jest angażowanie do wykonania zamówienia podwykonawców bez możliwości ingerowania w tym zakresie przez zamawiającego. Zamawiający, formułując kryterium samodzielnego wykonania części zamówienia, powinien jednak dochować szczególnej staranności. Zastrzeżenie takie uzasadnione jest tym,

[53] Zob. KIO w wyroku z 19.12.2016 r. (KIO 2280/16), Legalis nr 1560170.

[54] Zob. M. Michta, *Umowa...*, s. 126–130.

[55] Zob. wyrok KIO z 24.05.2016 r. (KIO 737/16), Legalis nr 1483315; J. Pieróg, *Prawo...*, komentarz elektroniczny do art. 91 dawnej ustawy p.z.p.

[56] Zob. wyrok KIO z 22.5.2017 r., KIO 861/17, www.przetargi.egospodarka.pl.

że zagadnienie dopuszczalności podwykonawstwa w zamówieniach publicznych jest szczególnie istotne. Wszelkie ograniczenia dotyczące podwykonawstwa, ze względu na unormowania dyrektywy 2014/24 oraz ustawę – Prawo zamówień publicznych, są ściśle regulowane. Dlatego też tak ważne jest, by zamawiający, decydując się na sformułowanie kryterium samodzielnego wykonania, czynił to w pełni świadomie, począwszy od zakresu, co do którego kryterium takie jest formułowane, poprzez dokładny opis kryterium i sposobu jego oceny. Ze względu na wiele wątpliwości i ograniczeń dotyczących zagadnienia samodzielności wykonania jako kryterium oceny ofert w mojej ocenie zamawiający powinien co do zasady odstąpić od formułowania takiego kryterium na rzecz zastrzeżenia osobistego wykonania części przedmiotu zamówienia, gdy zaktualizują się ku temu przesłanki. Jest to sposób postępowania bezpieczniejszy dla zamawiającego.

ABSTRACT

dr Maria Michta

The author is a doctor of laws, a local government employee, the author of publications on public procurement. She graduated from the Faculty of Law of the University of Silesia in Katowice. Since then, she has been professionally active, combining practice with academic activity.

Self-performance as a criterion for evaluating offers in public procurement

The non-price criteria for tender evaluation are extremely important in the public procurement regime. As part of these considerations, the author tries to answer the question about the admissibility of applying the criterion of self-performance of the contract and any requirements which such a criterion would have to meet, taking into account the regulations on subcontracting in public procurement.

Keywords: *public procurement, non-price criteria, self-performance of the contract, subcontracting*

dr Maria Michta
ORCID: 0000-0001-9208-697X; e-mail: mariamichta@interia.pl

Autorka jest doktorem nauk prawnych, pracownikiem samorządowym, autorką publikacji dotyczących tematyki zamówień publicznych. Ukończyła studia na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Od tego czasu podjęła aktywność zawodową, łącząc praktykę z działalnością naukową.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Brzozowski Adam, Czachórski Witold, Safjan Marek, Skowrońska-Bocian Elżbieta, *Zobowiązania. Zarys wykładu,* Warszawa 2009

Dzierżanowski Włodzimierz, Jaźwiński Łukasz, Jerzykowski Jarosław, Kittel Marta, Stachowiak Małgorzata, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el.

Gawrońska-Baran Andrzela, Wiktorowska Ewa, Wiktorowski Adam, Wójcik Paweł, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el.

Hryc-Ląd Agata, Smerd Agata, Gawrońska-Baran Andrzela, *Prawo zamówień publicznych 2016, Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016

Karkoszka Piotr, *Kryteria oceny ofert faworyzujące wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne wykonanie zamówienia*, Warszawa 2020, LEX/el.

Koba Dariusz, *Pozacenowe kryteria oceny ofert. Poradnik z katalogiem dobrych praktyk*, cz. 1, www.uzp.gov.pl

Kodeks cywilny. Komentarz, Art. 1–449[11], red. M. Gutowski, Warszawa 2016, t. 1

Kodeks cywilny. Zobowiązania. Część ogólna, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, t. 3

Michta Maria, *Umowa o podwykonawstwo w Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2019

Pawelec Jakub, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*, Warszawa 2017, Legalis/el.

Pieróg Jerzy, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis/el.

Podraska Bernadeta, *Doświadczenie jako kryterium oceny ofert*, www.zamowienia-publiczne.net

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Warszawa 2020, Legalis/el.

Sieradzka Małgorzata, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis/el.

System prawa prywatnego, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013

Szostak Ryszard, *Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2014/4, Legalis/el.

Szyszkowski Arkadiusz, *Podwykonawstwo w postępowaniu i w realizacji zamówienia*, Warszawa 2014, Legalis/el.