

**Czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne**

# Zdanie odrębne członka komisji przetargowej

Komisja przetargowa jest niezbędna do prawidłowego przeprowadzenia postępowania o wartości powyżej progów unijnych. Co jednak dzieje się w sytuacji, kiedy podejmowane decyzje nie są akceptowane przez wszystkich członków komisji przetargowej?

## **Agnieszka Zaborowska**

Prawnik, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC

## **mec. Robert Mikulski**

Radca prawny, partner zarządzający w Kancelarii Stopczyk & Mikulski.

**I**nstytucja komisji przetargowej została wprowadzona do systemu zamówień publicznych 10 stycznia 2002 r. na mocy ustawy z dnia 26 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (DzU z 2001 r., nr 113, poz. 1208). Przed wejściem w życie ww. ustawy powołanie komisji przetargowej zależało wyłącznie od organizacyjnej formy zamawiającego, a nie jak ma to miejsce w chwili obecnej – od wartości udzielanego zamówienia publicznego.

## **Charakter komisji**

Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r., nr 113, poz. 759), dalej: pzp, kierownik zamawiającego powołuje komisję przetargową do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne. Fakultatywnie może tego dokonać, jeżeli wartość zamówienia nie przekracza kwot ustalonych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp oraz w sytuacji udzielenia zamówienia sektorowego (art. 138b ust. 1 pzp).

Jeżeli w sytuacjach, o których mowa w art. 19 ust. 2 oraz 138b ust. 1 pzp, kierownik zamawiającego nie powoła komisji przetargowej, musi wskazać konkretną osobę, która będzie zobowiązana do przygotowania i przeprowadzenia postępowania (art. 18 ust. 2 pzp). Określenie takiej osoby powinno nastąpić w akcie wewnętrznym zamawiającego (np. w postaci zarządzenia, uchwały, regulaminu) lub w pełnomocnictwie. Jeżeli kierownik zamawiającego nie dokona takiej czynności, obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania spoczywa na nim samym.

Komisja przetargowa może mieć charakter stały, co oznacza, iż będzie funkcjonować we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego. W przeciwnym razie może



działać tylko w określonych przez zamawiającego postępowaniach, a więc mieć charakter doraźny.

#### **Członkowie komisji**

Zgodnie z przepisami pzp komisja przetargowa powinna składać się minimum z trzech osób. W praktyce w skład komisji wchodzi:

- przewodniczący,
- sekretarz,
- co najmniej jeden członek.

Ustawodawca nie określił górnej granicy składu komisji, pozostawiając tę decyzję kierownikowi zamawiającego. Wydaje się, iż liczba członków komisji powinna być dostosowana do przedmiotu i skomplikowanego

charakteru zamówienia, a także sprawności w podejmowanych działaniach.

W pzp nie ma ponadto informacji na temat tego, w jakiej formie następuje powołanie i odwołanie członków komisji przetargowej. W praktyce odbywa się to w formie polecenia służbowego i zmiany zakresu obowiązków. Uzasadnione jest jednak, aby w akcie powołującym komisję przetargową kierownik zamawiającego dokładnie określił zakres obowiązków poszczególnych członków komisji przetargowej, bowiem w razie ewentualnych uchybień w prowadzonym postępowaniu odpowiedzialność ponosi nie tylko kierownik zamawiającego, ale również odpowiedzialny za daną czynność członek komisji.

#### **Ponoszenie odpowiedzialności**

Określenie w regulaminie pracy komisji przetargowej warunków i formy zgłoszenia przez członka komisji zdania odrębnego pozwoli chronić go przed ewentualnym ponoszeniem odpowiedzialności.

Co istotne, komisja przetargowa ma charakter pomocniczy, w związku z czym kierownik zamawiającego – ustalając skład komisji – powinien kierować się takimi przesłankami, jak kwalifikacje i doświadczenie przydatne

↳ w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

### Opinia biegłego

Jeżeli pracownicy lub osoby, którymi dysponuje kierownik zamawiającego, nie posiadają odpowiednich kwalifikacji, to w pracach komisji mogą brać czynny udział również biegli (art. 21 ust. 4 pzp). Są oni powoływani, gdy dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania wymaga wiadomości specjalnych. Za takie wiadomości są uznawane informacje z określonej dziedziny, przekraczające zakres wiedzy kierownika zamawiającego czy członków komisji, a niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

Biegły ze swoich prac sporządza opinię na piśmie, a na żądanie komisji może brać udział w jej pracach, doradzając oraz udzielając dodatkowych wyjaśnień. Opinia biegłego powinna zawierać uzasadnienie, które pozwoliłoby dokonać analizy logiczności i poprawności wniosków w niej zawartych pod kątem całości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warto przy tym zaznaczyć, iż członkowie komisji nie są związani w jakikolwiek sposób z wydaną przez biegłego opinią. Jeżeli mają odmienne zdanie, to stanowisko biegłego nie będzie traktowane jako zdanie odrębne lub opinia odrębna. Jednakże, z uwagi na fakt, iż

biegły zajmuje się weryfikacją ofert pod kątem swojej specjalizacji, a członkowie komisji przetargowej pod względem formalnym – w praktyce takie sytuacje się praktycznie nie zdarzają.

### Wyłączenia z postępowania

Warto przy okazji zauważyć, iż art. 17 pzp określa sytuacje, w których określone osoby podlegają wyłączeniu ze wszelkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Bezsprzecznie należą do nich również członkowie komisji przetargowej oraz biegli. Jeżeli zatem np. małżonek członka komisji przetargowej ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, to członek komisji powinien zostać z niej wykluczony. W praktyce członkowie komisji oraz biegli, którzy zostali powołani przez kierownika zamawiającego, powinni więc złożyć oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 pzp.

### Zadania komisji przetargowej

Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, powołanym do oceny i badania ofert, w tym także do weryfikacji spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 21 ust. 1 pzp). Zakres jej obowiązków może być jednak rozszerzony przez kierownika zamawiającego (art. 20 ust. 2 pzp). Oznacza to, iż komisja przetargowa może zajmować

### Art. 96 ust. 2 pzp

Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o których mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski i inne dokumenty składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu.

się takimi czynnościami, jak np.: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże w praktyce do najczęstszych zadań komisji przetargowej należą:

- otwarcie ofert,
- badanie ofert,
- przedstawianie kierownikowi zamawiającego propozycji wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
- występowanie z wnioskiem o unieważnienie postępowania.

### Zdanie odrębne

Komisja przetargowa jest organem kolegialnym, w którym decyzje zapadają zespołowo większością głosów. Dlatego też warto się zastanowić, czy przedstawione kierownikowi zamawiającego przez komisję przetargową propozycje rozstrzygnięcia postępowania powinny być jednogłosne oraz co dzieje się w sytuacji, gdy co najmniej jeden z członków komisji przetargowej nie zgadza się z pozostałymi członkami komisji.

Tak jak wcześniej zaznaczono, zasady pracy komisji przetargowej określa kierownik zamawiającego w regulaminie. Ten wewnętrzny akt normujący zakres praw i obowiązków członków komisji powinien zawierać postanowienia, które będą regulowały sytuację, w której członek komisji przetargowej nie zgadza się z podejmowanymi przez

Protokół z postępowania wraz z załącznikami jest jawny i każdy podmiot może się z nim zapoznać, a także wnieść o wydanie jego odpisu lub kopii. W praktyce spotykane są sytuacje, w których wykonawca

- po zapoznaniu się ze zdaniem odrębnym
- na argumentacji w nim zawartej opiera składany środek odwoławczy.

komisję decyzjami i składa tzw. zdanie odrębne.

Z perspektywy członka komisji mającego zdanie odrębne jest to kwestia istotna z uwagi na fakt, iż co do zasady zamawiający określa imienną odpowiedzialność poszczególnych członków komisji np. za sprawdzenie kosztorysów ofertowych/formularzy cenowych lub innych dokumentów, sprawdzenie dokumentów finansowych, sporządzenie dokumentacji postępowania. Z tego też powodu kierownik zamawiającego nie może zakazać poszczególnym członkom komisji przetargowej zgłaszania zdania odrębnego.

### Zdanie odrębne w protokole

Nawet gdyby wewnętrzne akty nie regulowały opisanej powyżej sytuacji, to zdanie odrębne jest załącznikiem do protokołu postępowania (art. 96 ust. 2 pzp). Należy przy tym zaznaczyć, iż zawsze wymaga ono formy pisemnej oraz sporządzenia uzasadnienia swojego stanowiska.

Należy przy tym zauważyć, iż zgodnie z załącznikami do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (DzU nr 188, poz. 1154) zdanie odrębne członka komisji powinno zostać wskazane w następujący sposób:

1. w druku ZP-2 (w polu nr 8) oraz w druku ZP-21 (pod tabelką) należy dopisać:

„Zdaniem członka komisji ..... (imię i nazwisko) oferta wykonawcy ..... (firma/imię i nazwisko), oznaczona nr ... powinna zostać odrzucona. Uzasadnienie znajduje się w załączniku ZP-20”

2. w druku ZP-20 w kolumnie „ocena (liczba pkt)” należy wpisać np.:

„Oferta wykonawcy ..... (firma/imię i nazwisko), oznaczona nr ... powinna zostać odrzucona” oraz wypełnić kolumnę „uzasadnienie”.

Ponadto, jeśli komisja przetargowa sporządza dodatkowe protokoły

### Art. 17 pzp

1. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia,
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawali w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób,
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

2. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1.

3. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

### Art. 21 pzp

1. Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego.

2. Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech osób.

3. Kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac.

4. Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Przepis art. 17 stosuje się.

z posiedzeń, to również w nich należy wskazać na zdanie odrębne. Ważne jest też, aby dokumenty wymagające podpisu wszystkich członków komisji przetargowej (np. druk ZP-1) były podpisane również przez członka zgłaszającego zdanie odrębne wraz

z adnotacją: „Zdanie odrębne – patrz druk ZP-20”.

Urząd Zamówień Publicznych przygotował projekt nowego rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, w związku z czym przedstawione powyżej rozwiązanie może wkrótce ulec

zmianie. Co prawda projekt ten nie przewiduje stworzenia w protokole postępowania rubryki dotyczącej zdania odrębnego, ale nie można wykluczyć, iż po uzgodnieniach resortowych nastąpią zmiany również i w tym zakresie.

Trzeba również pamiętać, iż protokół z postępowania wraz z załącznikami jest jawny i każdy podmiot może się z nim zapoznać, a także wnieść o wydanie jego odpisu lub kopii. W praktyce spotykane są sytuacje, w których wykonawca – po zapoznaniu się ze zdaniem odrębnym – na argumentacji w nim zawartej opiera składany środek odwoławczy.

### Najkorzystniejsza oferta

Powstaje zatem pytanie: Jak obliczyć liczbę punktów decydującą np. o wyborze najkorzystniejszej oferty, kiedy jeden z członków komisji składa zdanie odrębne? Słuszne wydaje się branie pod uwagę wyłącznie punktów przyznanych przez członków komisji przetargowej, którzy mają takie samo stanowisko. Członek komisji ze zdaniem odrębnym nie może punktować ofert, jeżeli jedną z nich uznaje za podlegającą odrzuceniu. Należy przy tym jednak wyjaśnić, iż taki członek komisji nie będzie wyłączony z całości jej prac, a jedynie z dalszego postępowania w zakresie wyboru

### Zdania odrębne KIO

Składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygające spory o zamówienia publiczne również nie mówią jednym głosem. Dzieje się tak np. w kwestiach takich jak: pełnomocnictwo do złożenia odwołania czy też obowiązek przekazania kopii odwołania zamawiającemu. Świadczą o tym 23 zdania odrębne zgłoszone w 2600 sprawach w 2008 i 2009 r.

najkorzystniejszej oferty. Gdyby jednak wykonawca złożył środek ochrony prawnej na zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia spornej oferty i zostałby on uwzględniony, to członek komisji mający zdanie odrębne weźmie udział w ponownej ocenie pozostałych ofert.

Takie rozwiązanie wydaje się najbardziej uzasadnione, bowiem komisja przetargowa musi liczyć co najmniej trzech członków. A zatem, jeżeli jeden członek zostałby wykluczony z jej prac ze względu za złożone zdanie odrębne, konieczne byłoby powołanie nowego członka. Takie sytuacje mogłyby jednak wywołać dyskusje o nierzetelnie

przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz dobieranie składu komisji przetargowej w celu osiągnięcia jednomyślności. Ponadto, wracając do art. 17 ust. 1 pzp, należy zauważyć, iż członkowie komisji mogą zostać wykluczeni z prac komisji tylko wtedy, gdy zaistnieją okoliczności wskazane w tym przepisie bądź w regulaminie pracy komisji przetargowej.

### Decyzje kierownika zamawiającego

Należy przy tym zauważyć, iż użycie w art. 20 pzp takich sformułowań, jak: „przedstawia propozycje” oraz „występuje z wnioskiem” świadczy, iż decyzje komisji przetargowej nie są wiążące dla kierownika zamawiającego. Może on bowiem podejmować decyzje niezgodne z propozycjami komisji przetargowej i to nie tylko wówczas, jeżeli stwierdzi ich niegodność z przepisami prawa. Takie rozwiązanie nie powinno budzić wątpliwości, bowiem to kierownik zamawiającego ponosi odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania (art. 18 ust. 1 pzp). Komisja przetargowa czy jej poszczególni członkowie mogą ponosić odpowiedzialność tylko za poszczególne czynności, do których wykonania zostali zobowiązani.

### Dyżur redakcyjny



Na pytania dotyczące problemów z zakresu zamówień publicznych odpowiadać będzie **Elżbieta Sobczuk**, redaktor naczelna „Przetargów Publicznych”

**20 sierpnia 2010  
(piątek)  
godz. 12<sup>00</sup>–14<sup>00</sup>**

zadzwoń i zapytaj  
**(+71) 797 28 36**

„Przetargi Publiczne” profesjonalnie i praktycznie o zamówieniach publicznych