

Rynek Przetargowy

Dwumiesięcznik uczestników rynku zamówień publicznych

Numer 1/2022 (1)

marzec - kwiecień 2022

Ustawa w opinii ekspertów

Klauzula *rebus sic stantibus* w zamówieniach publicznych

Zatrzymanie wadium może budzić wątpliwości

Czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach

Monopolista w zamówieniu z wolnej ręki

Okres ważności gwarancji wadialnej i terminu związania ofertą

Zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim

Konsorcjum w zamówieniach zastrzeżonych

Tożsamość przedmiotowa w zamówieniach na usługi szkoleniowe

Rynek Przetargowy

www.rynekprzetargowy.pl

WYDAWCA I ADRES REDAKCJI

CONEXIS ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

JÓZEF EDMUND NOWICKI

ul. Nowowiejska 17

71-219 Bezrzecze

www.conexis.pl

REDAKTOR NACZELNY

JÓZEF EDMUND NOWICKI

redaktor.naczelnym@rynekprzetargowy.pl

tel. 883 689 848

SEKRETARZ REDAKCJI

MACIEJ NOWICKI

redakcja@rynekprzetargowy.pl

WSPÓŁPRACA

PATRONAT MEDIALNY

redaktor.naczelnym@rynekprzetargowy.pl

BIURO REKLAMY

redakcja@rynekprzetargowy.pl

RADA KONSULTACYJNA

IWONA MILLER-RUTKOWSKA

Adw. MIKOŁAJ KOŁECKI

Adw. BARTOSZ MAJERSKI

Adw. MACIEJ SOBIERAJ

PIOTR WIŚNIEWSKI

WAŻNE SERWISY

uzp.gov.pl

uzp.gov.pl/kio/wokanda/dzisiejsza

sejm.gov.pl

senat.gov.pl

miniPortal.uzp.gov.pl

simap.ted.europa.eu

legislacja.rcl.gov.pl

isap.sejm.gov.pl

TSUE

Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych

Baza orzecznictwa GKO



Otwieramy nowe horyzonty

Rynek Przetargowy to nowe czasopismo poświęcone problematyce zamówień publicznych, adresowane do szerokiego grona uczestników rynku zamówień publicznych: zamawiających, wykonawców, osób świadczących usługi doradztwa prawnego z zakresu stosowania przepisów o zamówieniach publicznych i wykonujących kontrolę zamówień publicznych.

Rynek Przetargowy otwiera również nowe horyzonty ekspertom, firmom szkoleniowym, autorom publikacji, a także podmiotom oferującym na rynku zamówień publicznych produkty i rozwiązania wykorzystywane w procedurach udzielania zamówień publicznych.

Głównym nurtem czasopisma będzie analiza przepisów o zamówieniach publicznych, z uwzględnieniem orzecznictwa, opinii prawnych, stanowiska doktryny oraz praktyka udzielania zamówień publicznych.

W publikacjach autorzy odniosą się do najważniejszych problemów dotyczących stosowania przepisów o zamówieniach publicznych oraz trudnych i nietypowych przypadków występujących w praktyce udzielania zamówień publicznych i sposobów ich rozwiązania w oparciu o aktualne orzecznictwo, wyniki kontroli oraz opinie prawne Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i stanowiska doktryny.

Czasopismo będzie ogólnodostępne.

Zapraszam do lektury numeru pierwszego.

Józef Edmund Nowicki

Redaktor naczelny



- 4** **SZACOWANIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA**
Tożsamość przedmiotowa w zamówieniach na usługi szkoleniowe
JÓZEF EDMUND NOWICKI
- 11** **ROZMOWY Z EKSPERTAMI**
Eksperci o ustawie
IWONA MILLER-RUTKOWSKA
AGNIESZKA SZAJKOWSKA
MACIEJ LUBISZEWSKI
GRZEGORZ MAZUREK
- 24** **ZMIANY W UMOWIE**
Klauzula *rebus sic stantibus* w zamówieniach publicznych
MIKOŁAJ KOŁECKI
- 28** **ZATRZYMANIE WADIUM**
Zatrzymanie wadium może budzić wątpliwości
MACIEJ SOBIERAJ
- 36** **PODWYKONAWCY I UMOWA O PODWYKONAWSTWO**
Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy
JÓZEF EDMUND NOWICKI
- 39** **WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIA**
Co decyduje o zamierzonym działaniu i wprowadzeniu w błąd zamawiającego?
MIKOŁAJ KOŁECKI
- 42** **ZMIANY TREŚCI OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU**
Czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach
JÓZEF EDMUND NOWICKI
- 45** **RAŻĄCO NISKA CENA**
Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny
MACIEJ SOBIERAJ
- 50** **ZAMÓWIENIE Z WOLNEJ RĘKI**
Monopolista w zamówieniu z wolnej ręki
MAŁGORZATA WIŚNIEWSKA
- 54** **PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA**
Jak przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe?
JÓZEF EDMUND NOWICKI
- 60** **KARY UMOWNE**
Rażąco wygórowana kara umowna
MIKOŁAJ KOŁECKI
- 65** **WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIA**
Ocena „samooczyszczenia” wykonawcy
JÓZEF EDMUND NOWICKI
- 67** **TO BUDZI KONTROWERSJE**
Okres ważności gwarancji wadialnej i terminu związania ofertą
PIOTR WIŚNIEWSKI
- 71** **SĄD ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH**
Zastąpienie podmiotu trzeciego niespełniającego kryteriów wskazanych przez zamawiającego innym podmiotem trzecim
- 73** **KONTROLA ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH**
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w zamówieniach zastrzeżonych
- 76** **MUSISZ TO WIEDZIEĆ**
To o czym warto wiedzieć stosując przepisy ustawy
- 84** **OPINIE PRAWNE**
Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych
OPINIA PRAWNA URZĘDU ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH
-

Tożsamość przedmiotowa w zamówieniach na usługi szkoleniowe

PRZY UDZIELANIU ZAMÓWIEŃ, KTÓRYCH PRZEDMIOTEM SĄ USŁUGI EDUKACYJNE LUB SZKOLENIOWE CZĘSTYM PROBLEMEM ZAMAWIAJĄCYCH JEST PRAWIDŁOWE USTALENIE ZAKRESU UDZIELANYCH ZAMÓWIEŃ



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w zamówieniach publicznych.

W przypadku szacowania wartości zamówień na usługi szkoleniowe, w pierwszej kolejności należy uwzględnić wytyczne w zakresie szacowania wartości zamówień i zakazu dzielenia ich na części określone w dyrektywie 2014/24/UE.

W art 5 pkt 8 dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że w przypadku, gdy proponowane świadczenie usług może prowadzić do udzielenia zamówień w formie odrębnych części, uwzględnia się całkowitą szacunkową wartość wszystkich takich części. Z przepisu tego wynika, że dyrektywa 2014/24/UE kładzie nacisk na planowaną usługę. Podstawową przesłanką decydującą o tym, czy dane zamówienie na usługi szkoleniowe powinno być traktowane jako jedna całość, będzie

obiektywna możliwość zaplanowania takich szkoleń. Zamawiający za jedno zamówienie powinien uznawać nabywanie takich usług szkoleniowych, które posiadają podobne przeznaczenie oraz pomiędzy którymi istnieje związek czasowy. Taki związek zachodzi, gdy usługi szkoleniowe można określić „z góry”, tj. zaplanować ich zakres i przewidzieć ich nabywanie w określonej perspektywie czasowej. W sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia na usługi szkoleniowe, powinien pogrupować je według kryterium podobieństwa funkcjonalnego i podobnego przeznaczenia, uwzględniając czas, w którym będą udzielane (oznaczona perspektywa czasowa). Szkolenia obejmujące taką samą lub podobną tematykę, przeprowadzane dla określo-

Rynek Przetargowy

SZACOWANIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA

nej grupy odbiorców, w określonym czasie, należy traktować jako jedno zamówienie.

Zamówienia na szkolenia indywidualne można uznać za zamówienia nieprzewidywalne, jeżeli zamawiający na etapie planowania usług szkoleniowych nie jest w stanie obiektywnie przewidzieć kto i w jakim czasie zostanie skierowany na szkolenie indywidualne. Nie można jednak wykluczyć, że zamówienie na szkolenie indywidualne w pewnych okolicznościach powinno być uwzględnione łącznie z planowanym zamówieniem na usługi szkoleniowe. Obowiązek taki wystąpi, jeśli na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia na usługi szkoleniowe, zamawiający będzie wiedział o konieczności realizacji szkolenia lub szkoleń, na które zapotrzebowanie złożyli np. bezrobotni. W takim przypadku zamawiający powinien ustalić wartość szkoleń indywidualnych łącznie z wartością planowanych usług szkoleniowych.

Wartość zamówienia jest pochodną ustaleń zamawiającego dokonywanych także na podstawie analizy rynku, która nie musi być związana z rzeczywistymi cenami, jakie na rynku są oferowane i możliwe do uzyskania. Przepisy ustawy Pzp nie wskazują metody za pomocą, której zamawiający powinien ustalić wartość zamówienia. Zamawiający jest natomiast obowiązany ustalić wartość zamówienia stosując przepisy art. 28–36 ustawy Pzp¹. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej”²:

„Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy postępować się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia

(możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego). W przeciwnym wypadku, tzn., gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Przy czym dla przyjęcia powyższej oceny nie ma istotnego znaczenia ustalenie źródeł finansowania danego zamówienia.

Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem, bez względu na fakt, czy jest ono finansowane przez zamawiającego z jednego, czy też z kilku różnych źródeł (np. z wykorzystaniem środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE).

Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej zwraca uwagę, że: „Dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego zamówienia podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień”.

Jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego zamówienia podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z

uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień”.

Zamawiający przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań.

Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych

W opinii „*Udzielanie zamówień publicznych na usługi szkoleniowe*”³ (wydanej na gruncie Pzp2004⁴) Urząd Zamówień Publicznych zwraca uwagę, że: „Przy udzielaniu zamówień, których przedmiotem są usługi edukacyjne lub szkoleniowe częstym problemem zamawiających jest prawidłowe ustalenie zakresu (przedmiotu) udzielanych zamówień, w taki sposób, by nie narazić się na zarzut nieuprawnionego dzielenia zamówienia na części (art. 32 ust. 2 Pzp2004).” W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych: „W jednym postępowaniu powinny być nabywane świadczenia tego samego lub podobnego rodzaju tj. usługi, które spełniają te same lub podobne funkcje, które łączy przynależność do tej samej lub podobnej grupy tematycznej (element przedmiotowy) i gdy istnieje wykonawca zdolny samodzielnie wykonać całe zamówienie (element podmiotowy).

Ponadto, aby zakup określonego rodzaju usług możliwy był po przeprowadzeniu jednego postępowania, obok ww. przesłanek konieczne jest spełnienie dodatkowego warunku istnienia związku funkcjonalnego i czasowego pomiędzy nabywanymi usługami szkoleniowymi lub edukacyjnymi, bez których nie zachodzi konieczność sumowania wartości poszczególnych świadczeń. Innymi słowy, zamawiający w celu ustalenia zakresu przedmiotowego zamówienia musi wiedzieć co chce nabyć i potrafić określić zarówno zakres świadczeń jak i ich czas, a świadczenia,

które mają być przedmiotem jednego postępowania powinny być ze sobą funkcjonalnie powiązane i mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę. Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż w sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia na szkolenia, powinien pogrupować je przede wszystkim według kryterium tematycznego i możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę. Szkolenia obejmujące taką samą lub podobną tematykę, prowadzone dla określonej grupy odbiorców, jeżeli mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę, należy traktować jako jedno zamówienie, którego wartość powinna zostać oszacowana łącznie (...).”

Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych: „W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są szkolenia o różnej tematyce i nie ma możliwości udzielenia zamówienia na te szkolenia jednemu wykonawcy, po przeprowadzeniu jednego postępowania, nie będzie można mówić o dzieleniu zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, gdy każde ze szkoleń będzie stanowiło odrębny przedmiot zamówienia. (...) O tym czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jednym większym zamówieniem czy też np. z kilkoma mniejszymi zamówieniami odrębnymi o zbliżonym przedmiocie rozstrzygnąć musi samodzielnie zamawiający w oparciu o posiadaną przez niego wiedzę oraz doświadczenie w zakresie prowadzonej przez siebie działalności.”

Tożsamość przedmiotowa w ocenie Komisji Europejskiej

Z odpowiedzi na interpelację poselską nr 32146 w sprawie prawidłowych zasad szacowania wartości zamówienia (...) wynika, że w ocenie Komisji Europejskiej: „tożsamość przedmiotową zamówienia na usługi szkoleniowe należy rozumieć szeroko, z uwzględnieniem także szkoleń o odmiennej tematyce, jeśli mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę. Zamawiający powinien szacować wartość takich szkoleń łącznie, a w przypadku przekroczenia progu, od którego ma zastosowanie prawo zamówień publicznych,

przeprowadzić postępowanie zgodnie z przepisami odnoszącymi się do łącznej wartości tego zamówienia (może on wówczas dopuścić możliwość składania ofert częściowych czy też udzielić zamówień na poszczególne usługi w odrębnych postępowaniach).

Wyjątkiem od tej zasady może być przypadek szkoleń, których tematyka na tyle się różni lub jest na tyle specyficzna, że nie jest możliwe zrealizowanie wszystkich szkoleń przez jednego wykonawcę. Niemniej jednak sytuacja taka powinna wynikać z przyczyn obiektywnych i nie może prowadzić do dzielenia zamówienia w celu uniknięcia stosowania ustawy. Stanowisko to zostało potwierdzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – w korespondencji z Instytucją Zarządzającą PO KL wskazano, iż „w przypadku zamówień na usługi szkoleniowe zasadą jest szacowanie ich wartości łącznie m.in., jeśli dotyczą one usług rodzajowo tożsamyh (a tak jest w przypadku szkoleń) i przede wszystkim, jeśli jest możliwe zrealizowanie ich przez jednego wykonawcę. Zatem, nawet jeśli tematyka szkoleń będzie różna, a jest możliwe wykonanie usługi przez jednego wykonawcę należy oszacować wartość takich zamówień łącznie”⁵ Stanowisko Komisji Europejskiej zostało przyjęte w orzecznictwie sądowym.

Kurs na kelnera – barmana z nauką języka angielskiego, kurs z obsługi ruchu turystycznego, kurs na sekretarkę oraz kurs na glazurnika

W wyroku z dnia 7 lutego 2013 r., V SA/Wa 1969/12 (LEX nr 1324039), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zgodził się ze stanowiskiem instytucji zarządzającej⁵, że zamówienia dotyczące kursu na kwalifikacje kelner – barman z nauką języka angielskiego oraz kursu z obsługi ruchu turystycznego, a także kursu na sekretarkę oraz kursu na glazurnika, spełniają kryteria tożsamości czasowej, podmiotowej i przedmiotowej.

W ocenie instytucji zarządzającej tożsamość przedmiotowa zamówienia powinna być rozumiana jako ten sam rodzaj i to samo przeznaczenie dostaw, usług, robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia.

W przypadku zamówień dotyczących kursu na kwalifikacje kelner – barman z nauką języka angielskiego oraz kursu z obsługi ruchu turystycznego, a także kursu na sekretarkę oraz kursu na glazurnika „przedmiotem było prowadzenie kursów, których celem było zdobycie kwalifikacji zawodowych uczniów i przygotowanie ich do pracy w nowych zawodach. Przeznaczenie każdego kursu było również podobne – był on skierowany do określonej jednolitej grupy docelowej – uczniów danego, konkretnego Zespołu Szkół. W niniejszej sprawie przedmiot zamówienia był jeden i ten sam, tj. kurs prowadzący do zdobycia kwalifikacji zawodowych i przygotowujący do pracy w nowym zawodzie. Oznacza to, że należało przyjąć odpowiednio za jedno zamówienie przeprowadzenie kursu na kwalifikacje kelner – barman z nauką języka angielskiego i kursu z obsługi ruchu turystycznego oraz kursu na sekretarkę i kursu na glazurnika.”

Zajęcia dodatkowe z języka angielskiego, informatyki, matematyki, chemii i podstaw przedsiębiorczości

W wyroku z dnia 29 stycznia 2015 r., V SA/Wa 1751/14 (LEX nr 2165757), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zgodził się ze stanowiskiem IZ PO KL, że „jednym zamówieniem był zakup usług polegających na realizacji zajęć dodatkowych z języka angielskiego, informatyki i matematyki.

Za jedno zamówienie należy bowiem uznać takie zamówienia szczegółowe, które z ekonomicznych i funkcjonalnych przyczyn ma takie samo lub podobne przeznaczenie techniczne i gospodarcze, może być wykonane przez tego samego wykonawcę i jest udzielane oraz realizowane w podobnym okresie czasu.”

W ocenie sądu: „tożsamość przedmiotowa nie oznacza, że zamówienia muszą dotyczyć dokładnie tej samej tematyki. Poszczególne zajęcia różnią się tematycznie, ich zawartość merytoryczna jest odmienna, ale nie wyklucza to, że stanowią usługę tego samego rodzaju.

Dla stwierdzenia tożsamości przedmiotowej wystarczy tożsamość rodzaju usług i jednokowe przeznaczenia. Ponadto wszystkie usługi edukacyjne skierowane były do uczniów jednej szkoły.

Zajęcia w ramach projektu miały jednakowe przeznaczenie, ażeby wyrównać szanse edukacyjne uczniów. Na rynku zaś działają podmioty mogące świadczyć usługi z wielu tematów dostarczając odpowiednio przygotowanego nauczyciela/szkoleniowca.” Sąd uznał, że bez znaczenia pozostaje fakt wymagania różnej wiedzy od prowadzącego zajęcia z angielskiego czy matematyki, ponieważ zamawiający mógł dopuścić możliwość składania ofert częściowych albo udzielania zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Podobne stanowisko zostało wyrażone w decyzjach ówczesnego Ministra Infrastruktury i Rozwoju oraz Ministra Rozwoju Regionalnego.

Zgodnie z decyzją z dnia 25 października 2013 r., DZF-IV-O260-146-ŁP/13, Minister Rozwoju Regionalnego, za tożsame zarówno pod względem przedmiotowym, jak również podmiotowym, uznał prowadzenie: zajęć z języka angielskiego, zajęć z matematyki, zajęć z fizyki, zajęć z chemii, zajęć przyrodniczych (biologiczno-geograficznych), zajęć informatyczno-technicznych oraz zajęć z podstaw przedsiębiorczości.

Kurs z podstaw obsługi komputera, wizażu i stylizacji, opiekunki środowiskowej, prowadzenia gospodarstwa domowego i profesjonalnego sprzedawcy z obsługą kasy fiskalnej

Z kolei w decyzji z dnia 9 maja 2013 r., DZF-IV-O260-42(1)-ŁP/13, Minister Infrastruktury i Roz-

woju, za tożsame pod względem przedmiotowym oraz podmiotowym uznał realizację następujących usług szkoleniowych: podstawy obsługi komputera, wizaż i stylizacja, opiekunka środowiskowa, prowadzenie gospodarstwa domowego oraz profesjonalny sprzedawca z obsługą kasy fiskalnej. Minister Rozwoju Regionalnego w treści uzasadnienia decyzji powołał się m.in. na treść pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 sierpnia 2010 r., UZP/DP/O-WBA/32750/15097/10, zgodnie z którym „w sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia na szkolenia, powinien starać się pogrupować je według kryterium podobnego przeznaczenia i możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę (...) Natomiast zamówienia, które mają różne przeznaczenie i nie zachodzi możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę, co do zasady powinny być traktowane jako zamówienia odrębne”. W omawianej sytuacji, zdaniem Minister Rozwoju Regionalnego „szkolenia miały to samo przeznaczenie - aktywizacja społeczna i zawodowa (opisana we wniosku o dofinansowanie projektu) poprzez realizację zadań z aktywnej integracji, a także mogły być wykonane przez jednego wykonawcę”.

W treści uzasadnienia decyzji DZF-IV-O260-42(1)-ŁP/13, Minister Infrastruktury i Rozwoju powołał się m.in. na treść pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 sierpnia 2010 r., UZP/DP/O-WBA/32750/15097/10, zgodnie z którym „w sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia na szkolenia, powinien starać się pogrupować je według kryterium podobnego przeznaczenia i możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę (...) Natomiast zamówienia, które mają różne przeznaczenie i nie zachodzi możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę, co do zasady powinny być traktowane jako zamówienia odrębne”. W omawianej sytuacji, zdaniem MIR „szkolenia miały to samo przeznaczenie - aktywizacja społeczna i zawodowa (opisana we wniosku o dofinansowanie projektu) poprzez realizację zadań z aktywnej integracji, a także mogły być wykonane przez jednego wykonawcę”. Minister Infrastruktury i Rozwoju nie odniósł się

do przedmiotu zamówienia na poszczególne szkolenia, jak również nie przyjął, że każde z nich umożliwia uczestnikom zdobycie zupełnie innych kwalifikacji.

Doradztwo psychospołeczne, mediacje rodzinne, wyjazd szkoleniowo-integracyjny, szkolenie z zakresu pierwszej pomocy, trening kompetencji i umiejętności społecznych, kursu prawa jazdy i obsługi wózków widłowych

W decyzji z dnia 29 grudnia 2014 r., DZF-IV-0260-240-JSta/14, Minister Infrastruktury i Rozwoju uznał natomiast, że jednym zamówieniem nie były usługi: przeprowadzenia doradztwa psychospołecznego, mediacji rodzinnych i doradztwa specjalistycznego, przeprowadzenie wyjazdu szkoleniowo-integracyjnego, szkolenia z zakresu pierwszej pomocy, treningu kompetencji i umiejętności społecznych, zajęć z animatorem społeczności lokalnej oraz psychodietetyki, a także przeprowadzenie kursów zawodowych, tj. kursu prawa jazdy kat. B, kursu obsługi wózków widłowych oraz kursu wizażu.

Minister Infrastruktury i Rozwoju zwrócił uwagę, że Organ II instancji nie wziął pod uwagę argumentacji przedstawionej przez beneficjenta, że w ramach realizowanego projektu przeprowadził on zupełnie odrębnie tematycznie szkolenia, tj. m.in. szkolenia z zakresu pierwszej pomocy, treningu i umiejętności społecznych, kursy na prawo jazdy czy kursy obsługi wózków widłowych. W ocenie beneficjenta w stosunku do tych usług nie można mówić o tym, że są one ze sobą ściśle powiązane i składają się na jedną funkcjonalną całość (takiego z kolei argumentu użył Organ II instancji). Zdaniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju nie można zgodzić się z przywoływanym argumentem, że fakt realizowania tych szkoleń w ramach jednego projektu przesądza o tym, że mają one podobne przeznaczenie techniczne lub gospodarcze.

Beneficjent zwrócił również uwagę, że o występowaniu tożsamości przedmiotowej można mówić w sytuacji, gdy określone zadania nie mogą funkcjonować samodzielnie, odrębnie nie mogą pełnić żadnej funkcji.

Natomiast w przedstawionym przypadku każde ze szkoleń o różnej tematyce ma oddzielną funkcję, nie są one ze sobą powiązane w ten sposób, że niezrealizowanie jednego szkolenia uniemożliwia realizację pozostałych.

W ocenie beneficjenta trudno znaleźć wspólny mianownik (cel, funkcję) np. dla szkoleń w zakresie umiejętności społecznych, obsługi wózków widłowych, czy kursu wizażu. Czym innym jest również przeprowadzenie doradztwa psychologicznego, a czym innym kursy zawodowe prawa jazdy kat. B, kursy wizażu czy kursy obsługi wózków widłowych. Przykładowo, zajęcia z psychologiem służą w szczególności podnoszeniu kwalifikacji z zakresu tzw. miękkich umiejętności psychologicznych. Swym zakresem obejmują komunikację, autoprezentację, kreatywność, negocjacje i inne. Ponadto, należy podkreślić, że warunki otrzymania uprawnień psychologa, jak i zasady wykonywania tego zawodu określa ustawa z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów, co samo w sobie świadczy o tym, że tego typu usługi stanowią odrębny rodzaj zamówienia od innych, wyżej wymienionych, objętych postępowaniem o udzielenie zamówienia. Beneficjent zwracał też uwagę, że w ramach projektu prowadzone było doradztwo psychospołeczne. Organ II instancji powinien wziąć pod uwagę okoliczność, że czym innym są usługi doradcze, od usług szkoleniowych.

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.)

²<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie.-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/szacowanie-wartosci-i-udzielenie-zamowien.-w-tym-zamowien-objetych-projektem-wspolfinansowanym-ze-srodkow-unii-europejskiej>

³<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/udzielenie-zamowien-publicznych-na-uslugi-szkoleniowe>

⁴ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 i 2020 r. poz. 288 i 1086)

⁵ Instytucja Zarządzająca Program Operacyjny Kapitał Ludzki



KANCELARIA ADWOKACKA	ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
Prawo cywilne i gospodarcze	Przygotowanie postępowań – Specyfikacja Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia
Prawo karne i karno-skarbowe – ochrona przed nadużyciami	Badanie i ocena ofert – pomoc i opiniowanie oraz obrona rozstrzygnięcia
Dochodzenie kar umownych, wykonanie umów, rozliczenia	Zamawiający – zapewnienie dobrego zakupu i przestrzegania prawa
Obsługa jednostek publicznych	Przedsiębiorcy – ochrona praw wykonawców
Prawo administracyjne	Środki ochrony prawnej – pełen zakres
Prawo pracy	Dyscyplina finansów publicznych, korekty finansowe
Prawo konkurencji	Prawidłowa realizacja umowy

MEC. GRZEGORZ MAZUREK

Arbiter i obserwator z listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (2004 – 2007), wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2007-2009, członek zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych w latach 2014-2016. Praktykę zamówień publicznych zdobywał również jako sekretarz i przewodniczący komisji przetargowej. Posiada praktyczne doświadczenia na wszelkich rodzajach postępowań przetargowych oraz prowadzi postępowania sądowe – gospodarcze, cywilne (należyte wykonanie umów), karne i z zakresu dyscypliny finansów publicznych – dotyczące wydatkowania środków publicznych. Łączy w sobie umiejętności specjalisty ds. zamówień publicznych – tworzącego dokumentację przetargową oraz prawnika procesowego – egzekwującego umowy i dokumenty w sądach.

Kancelaria opiera się na 3 osobowym zespole prawników – adw. Sebastian Zaręba, apl. adw. Jakub Rudnicki oraz adw. prowadzący kancelarię – Grzegorz Mazurek.

Obsługa prawna kancelarii obejmuje wszelkie aspekty działalności urzędów lub firm, zwłaszcza te związane z wydatkowaniem i wykorzystaniem środków publicznych.

KONTAKT

**KANCELARIA PRAWNA
ADWOKAT
GRZEGORZ MAZUREK**

ul. Grójecka 194 lok. 188,
02-390 Warszawa
tel/fax: +48 22 305 36 55,
+48 22 403 70 01
e-mail:

biuro@kancelariamazurek.pl

WWW.KANCELARIAMAZUREK.PL

Ustawa w opinii ekspertów



IWONA MILLER-RUTKOWSKA

Prawnik (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego). Od 1999 r. Dyrektor Biura ds. Zamówień Publicznych w sektorze administracji samorządowej. Wykładowca prawa zamówień publicznych z ponad 20-letnim doświadczeniem. Prowadzi szkolenia oraz wykłady m. in. na studiach podyplomowych na Uniwersytecie Szczecińskim. Każdego roku przeprowadza i nadzoruje około 100 postępowań o udzielenie zamówień



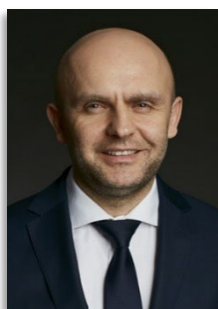
AGNIESZKA SZAJKOWSKA

Prawnik. Zamówieniami publicznymi zajmuje się od 2006 r. Od wielu lat wdraża i usprawnia procesy udzielania zamówień publicznych w wielu instytucjach zamawiających. Przepracowała kilka tysięcy postępowań o udzielenie zamówień, także strategicznych z punktu widzenia zamawiających. Doradza wykonawcom i zamawiającym na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Doświadczony wykładowca problematyki prawa zamówień publicznych. Członek Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych.



MACIEJ LUBISZEWSKI

Doktor nauk prawnych. Wykładowca zatrudniony na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, specjalizujący się w prawie zamówień publicznych. Kierownik Studiów podyplomowych prawa zamówień publicznych prowadzonych na WPiA UWM. Członek komisji kwalifikacyjnej w postępowaniu kwalifikacyjnym dla kandydatów dla członków KIO. Współpracownik Narodowego Instytutu Samorządu Terytorialnego prowadzący cykl szkoleń dotyczących zamówień publicznych; autor publikacji naukowych poświęconych prawu zamówień publicznych Współautor bloga [prawo-zamówień-publicznych.pl](http://prawo-zamowien-publicznych.pl) Aktualnie prowadzi badania m.in. nad prawem wykonawców do dostępu do zamówienia publicznego.



GRZEGORZ MAZUREK

Adwokat i radca prawny. Wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2007-2009, arbiter i obserwator z listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do 2007r., członek zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych w latach 2014-2016. Wykładowca Podyplomowych Studiów Zapobiegania Przystępczości Gospodarczej na WPiA Uniwersytetu Warszawskiego, studiów podyplomowych Szkoły Głównej Handlowej, SGGW. Posiada praktyczne doświadczenia w prowadzeniu wszelkich postępowań przetargowych oraz prowadzi postępowania sądowe – gospodarcze, cywilne (należyte wykonanie umów), karne i z zakresu dyscypliny finansów publicznych.

Minął rok od wejścia w życie nowej ustawy. Które rozwiązania nowej ustawy można uznać za wyjątkowo usprawniające, a które za wręcz utrudniające udzielanie zamówień publicznych?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Nie dostrzegam w nowej ustawie żadnych szczególnych usprawnień, które sprawiłyby, że postępowania będą przebiegać szybciej a zamawiający i wykonawcy będą lepiej odnajdywać się w tych procesach. Wręcz przeciwnie, mnogość przepisów, aktów wykonawczych, ich niejasność a czasem wręcz sprzeczność oraz brak narzędzi informatycznych ogólnodostępnych i bezpłatnych pogorszył sytuację zarówno zamawiających jak i wykonawców. Fatalnie na cały system wpływa fakt, że Urząd Zamówień Publicznych ciągle nie wdrożył platformy e-zamówienia w pełnym zakresie oraz awaryjność tej platformy.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: Myślę, że nowa ustawa PZP wdrożyła bardzo dużo ciekawych rozwiązań, które w mojej ocenie mogą usprawnić system realizowania zamówień publicznych w Polsce. Przede wszystkim chciałabym zwrócić uwagę na tryb podstawowy w wariantach numer 2 oraz numer 3. Negocjacje dopuszczone bądź wymagane w tych wariantach na pewno zdecydowały o pomyślnym zakończeniu postępowania w postaci podpisania umowy czy też wynegocjowania efektywnych warunków jej realizacji w ramach postawionych w postępowaniu kryteriów. Tryb podstawowy w wariantach 2, z możliwością negocjacji daje nam możliwość rehabilitacji postępowania, wtedy, kiedy oferta z najwyższą ilością punktów nie mieści się w budżecie zamawiającego. Z kolei wariant 3 daje duże możliwości podniesienia efektywności zamówienia, poprzez wspólne przygotowywanie opisu przedmiotu zamówienia z wykonawcami (czy nawet tylko z jednym wykonawcą), którzy w tym zakresie mogą posiadać większą wiedzę niż pracownicy Zamawiającego – oczywiście z uwzględnieniem minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego. Jest to doskonały przykład partnerskiej współpracy pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, który przynosi korzyści wszystkim stronom postępowania. Wariant 1 natomiast to najszybsza droga do udzielenia zamówienia publicznego bez nadmiernych wymagań wobec wykonawców. Proszę pamiętać, że w procedurze krajowej nie musimy stawiać żadnych warunków udziału w postępowaniu czy też żądać dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający może zatem zadowolony być jedynie oświadczeniem z art. 125, czyli po złożonej poprawnie ofercie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i ewentualnie przerzucić naprawdę niezbędne dokumenty do formalności przed podpisaniem umowy. W procedurze unijnej pozytywnie natomiast oceniam brak obowiązku żądania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia /JEDZ/ od wszystkich wykonawców, a konkretnie art. 139 ust. 2 PZP w przetargu nieograniczonym. Niestety niepoprawnie wypełnienie JEDZ'a, wydłuża proces badania i oceny ofert. Zamawiający, jeśli to przewidział w SWZ ma możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Niestety nie jest to takie proste w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków unijnych. W tych przypadkach, z uwagi na odmienne zapisy Dyrektyw w stosunku do przepisów ustawy Pzp Zamawiający powinni żądać, z ostrożnością JEDZ'a od wszystkich wykonawców już na etapie oferty.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Myślę, że symbolem nowej ustawy jest pełna elektronizacja postępowania. I to właśnie przeniesienie wszystkich postępowań do internetu jest – w mojej ocenie – największą zmianą usprawniającą. Paradoksalnie, z elektronizacją wiąże się również czynnik utrudniający udzielanie zamówień publicznych, którym jest brak ogólnodostępnej, bezpłatnej, kompleksowej platformy przetargowej. Mam nadzieję, że pełne wdrożenie platformy e-zamówienia w pełni ujawni

zalety elektroniczacji zamówień publicznych. Być może platforma ta wyprze rozwiązania komercyjne, co ujednocili proces składania ofert i ułatwi wykonawcom ubieganie się o zamówienia publiczne. Obecny stan jest daleki od ideału, chociaż dostrzegam i doceniam starania Urzędu Zamówień Publicznych.

GRZEGORZ MAZUREK: Za usprawniające udzielanie zamówień publicznych można byłoby uznawać wprowadzenie pewnych uproszczeń w postępowaniu o wartości mniejszych niż progi unijne prowadzonym w trybie podstawowym. Z kolei za utrudniające udzielanie zamówień publicznych należy uznać zwiększenie obowiązków nałożonych na zamawiających, w tym obowiązków przed wszczęciem postępowania oraz obowiązków sprawozdawczych, np. sporządzanie raportu z realizacji zamówienia (art. 446 Pzp).

Czy słusznym rozwiązaniem było zrezygnowanie z trybu zapytania o cenę, który był stosowany do prostych zamówień, najczęściej przez tzw. „małych” zamawiających (np. szkoły)?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Moim zdaniem to słuszną decyzją, ten tryb tylko pozornie był „prosty”, w praktyce dochodziło do wielu nieprawidłowości przy jego stosowaniu. Ponadto od czasu, gdy w trybie przetargu nieograniczonego do jego rozstrzygnięcia wystarczyła jedna oferta tryb zapytania o cenę (z wymogiem co najmniej dwóch ważnych ofert) stracił na popularności i był stosowany marginalnie.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: W PZP usunięto nie tylko tryb zapytania o cenę, ale również licytację elektroniczną przesuując „standardowe” zamówienia publiczne na tryb podstawowy. W mojej ocenie jest to dobra zmiana. Zapytanie o cenę, to trochę taki archaizm ubiegłego wieku. W dobie pełnej elektroniczacji po prostu musiał zniknąć z ustawy. Jeśli jednak Zamawiający chce, by w postępowaniu złożył ofertę sprawdzony Wykonawca, ma możliwość poinformowania go o postępowaniu, zgodnie z art. 11b ustawy. Wykonawca zatem zmierzy się z realną konkurencją w postępowaniu, ale nadal będzie miał możliwość pozyskania tego zamówienia. Należy pamiętać, że przy zamówieniach poniżej 130 tys zł netto, Zamawiający nadal mogą przewidywać podobną do „zapytania o cenę” procedurę udzielenia zamówienia publicznego.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Zapytanie o cenę budziło moje mieszane uczucia. Za jego zaletę uznawałem możliwość dobrania kręgu wykonawców stosownie do potrzeb instytucji publicznej. Zamawiający mógł wspierać lokalnych wykonawców i jedynie takich zapraszać do postępowania lub pominąć tych, którzy nie wykazywali należytej staranności przy realizacji dotychczasowych zamówień. Z drugiej strony ten sam mechanizm mógł prowadzić do nadużyć i patologii, przez brak jasnych i przejrzystych kryteriów dobierania wykonawców. Nie tęsknię za tym trybem, natomiast widzę dla niego miejsce w regulaminach postępowań nieobjętych reżimem ustawowym.

GRZEGORZ MAZUREK: Było to rozwiązanie słuszne. Pod rządami Pzp z 2004 r. zastosowanie trybu zapytania o cenę wymagało wykazania, że przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a w orzecznictwie i stanowiskach organów kontrolnych dokonywano zawężającej wykładni tej przesłanki. Obecnie w przypadku prostych zamówień, których wartość nie przekracza progów unijnych Zamawiający mogą korzystać z trybu podstawowego bez negocjacji, przewidującego pewne uproszczenia w stosunku do przetargu nieograniczonego w postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Jak wytłumaczyć brak możliwości złożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijnej, oferty, także w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Oczywiście byłoby bardzo dobrze, gdyby wykonawcy w procedurach unijnych mogli posługiwać się podpisem zaufanym lub osobistym, ale jak rozumiem są to instrumenty prawa polskiego a w innych krajach mają swoje odpowiedniki. Umożliwienie składania w procedurach unijnych ofert z podpisami zaufanymi/osobistymi musiałoby wiązać się z uznawaniem odpowiedników tych podpisów w innych państwach Unii Europejskiej. Składanie więc ofert przez wykonawców zagranicznych z podpisem stanowiącym odpowiednik np. polskiego podpisu zaufanego mogłoby prowadzić po stronie zamawiających do konieczności posiadania niezliczonej ilości programów do weryfikowania takich podpisów.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: Bezspornym jest fakt, że komunikacja elektroniczna sprzyja przejrzystemu procesowi udzielania zamówień i przeprowadzania konkursów, pozwalając w większym stopniu na unikanie zjawisk sprzyjających korupcji. Zapewnia również wykonawcom lepszy dostęp do zamówień publicznych i konkursów, a co za tym idzie wpływa na zwiększenie konkurencji i poprawę efektywności udzielania zamówień i rozstrzygania konkursów. W mojej ocenie wprowadzenie alternatywy w zakresie różnych rodzajów podpisów elektronicznych w zamówieniach krajowych miało na celu zwiększenie dostępności zamówień publicznych dla mikro, małych i średnich przedsiębiorców. Koszt zakupu i utrzymania podpisu elektronicznego może stanowić poważny koszt dla mniejszych wykonawców, a czasochłonna procedura uzyskania tego podpisu z kolei mogłaby zdecydować, że wykonawca po prostu nie zdąży z przygotowaniem, prawidłowym podpisaniem i złożeniem oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dopuszczenie w procedurze krajowej podpisu osobistego czy podpisu zaufanego jest dobrym rozwiązaniem. Choć niestety wykonawcy w dalszym ciągu nie rozumieją różnicy między podpisem osobistym, a własnoręcznym. Zalecam, by w dokumentach zamówienia wykazać tę różnicę wykonawcom zainteresowanym naszym zamówieniem. Zamówienia publiczne o wartości równej lub przekraczającej progi unijnej cechuje już większy formalizm, dłuższe terminy składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawcy mają zatem czas na to, żeby nabyć kwalifikowany podpis elektroniczny i nauczyć się sposobu jego obsługi. Nie zapominajmy również o tym, że zazwyczaj kwalifikowany podpis elektroniczny dla takich wykonawców jest już rozwiązaniem standardowym.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Najwyraźniej polskie władze wdrażając art. 22 dyrektywy klasycznej z 2014 r. i dokonując oceny ryzyka przewidzianej w art. 22 ust. 6 lit. b tej dyrektywy uznały, że podpisy elektroniczne inne niż te oparte na kwalifikowanym certyfikacie nie zapewniają odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa. Wywołał Pan bardzo ciekawy temat. Proszę mi pozwolić, że podzielę się swoimi przemyśleniami dotyczącymi podpisów elektronicznych w zamówieniach publicznych. Zastanówmy się przez chwilę, z jakich powodów w postępowaniach krajowych dopuszczono podpis zaufany i osobisty. Odnoszę wrażenie, graniczące z pewnością, że chodziło o pieniądze. Ktoś, kto projektował te rozwiązania uznał, że koszty wykupienia i utrzymywania podpisu kwalifikowanego mogą stanowić barierę dla wykonawców, która zniechęci ich do udziału w postępowaniach. Szkoda, że rządzącym zabrakło odwagi na jasny komunikat „drodzy przedsiębiorcy, chcecie startować w przetargach, musicie mieć podpis kwalifikowany, który gwarantuje maksymalne bezpieczeństwo

oraz jest uniwersalny, ponieważ będziecie mogli posługiwać się nim również w prywatnoprawnych relacjach biznesowych”. Jestem przekonany, że zdecydowana większość wykonawców bez mrugnięcia okiem poniosłaby ten koszt, tak jak ponosi koszt zakupu komputera, skanera, dostępu do internetu. Wcześniej nikt nie litował się nad przedsiębiorcami, mimo że płacili oni niemałe kwoty firmom kurierskim za dostarczanie ich ofert. Mam zresztą nadzieję, że przedsiębiorcy nie potrzebują litowania się nad nimi, tylko maksymalnie uproszczonych reguł obrotu prawnego i gospodarczego. Jeden podpis (kwalifikowany) na wszystkie przetargi: krajowe, unijne, ale też zagraniczne – moim zdaniem tak to powinno być zorganizowane.

GRZEGORZ MAZUREK: Intencją ustawodawcy mogło być wprowadzenie ułatwień w składaniu ofert w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne poprzez dopuszczenie możliwości złożenia oferty nie tylko w formie elektronicznej, także w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Powyższe miało mieć znaczenie w szczególności dla wykonawców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Jednakże praktyka pokazuje, że większość ofert w tych postępowaniach jest i tak składana w formie elektronicznej tj. jest opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast zdarzały się przypadki problemów wykonawców ze składaniem oferty opatrzonej profilem zaufanym.

Jakie może być uzasadnienie dla żądania w trybie przetargu nieograniczonego jednolitego dokumentu wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, a więc po dokonaniu oceny ofert, w momencie, gdy zamawiający może już żądać od wykonawcy złożenia podmiotowych środków dowodowych?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Nie znajduję uzasadnienia dla tej konstrukcji. Jest pozbawiona jakiegokolwiek sensu.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: Odformalizowanie procesu udzielenia zamówienia publicznego oraz realne skrócenie przygotowania oferty po stronie wykonawców, a po stronie zamawiającego skrócenie czasu niezbędnego do badania i oceny złożonych ofert. Przygotowanie JEDZ'a nadal przysparza wiele problemów w przygotowaniu Wykonawcom, a czasami również i Zamawiającym. Uważam, że to rozwiązanie jest bardzo korzystne dla obu stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ obie strony skupiają się na meritum – czyli ofercie. W mojej ocenie jest to bardzo dobry mechanizm, który pozwala Zamawiającym odformalizować już i tak skomplikowaną procedurę udzielenia zamówienia. W mojej praktyce mam kontakt z wieloma zamawiającymi i mam wrażenie nadal istnieje przekonanie, że od Wykonawcy „trzeba żądać” a „wykonawca musi”. Zamawiający natomiast „musi” żądać pokaznego pliku kompletu dokumentów, by zwiększyć rangę, powagę udzielanego zamówienia publicznego. Myślę, że takie postępowanie zniechęca wykonawców do brania udziału w zamówieniach publicznych. Wykonawca kalkuluje, i jeśli za proceduralne niedociągnięcia może stracić wadium, to może się okazać, że właśnie to ryzyko powoduje niechęć do złożenia oferty. Myślę, że wygórowane wymagania w zakresie żądanych dokumentów to jest kwestia mentalności, przyzwyczajenia Zamawiających, bo jak to – nie zażądać zaświadczenia z ZUS czy US w zamówieniach krajowych? Nie uważam, że jest to złe postępowanie. Jest one zgodne z ustawą PZP, ale czy na pewno proporcjonalne? Podobnie jest w zamówieniach w procedurze unijnej. Tutaj tych dokumentów powinno być znacznie więcej, czasami mam wrażenie, że im więcej tym lepiej. Stąd uważam, że możliwość żądania JEDZ'a wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została

najwyżej oceniona jest słusznym kierunkiem ustawodawcy i powinien być jak najczęściej wykorzystywany przez zamawiających.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Zgodnie z art. 56 ust. 2 dyrektywy 2014/4/UE procedura odwrócona nie uchyla weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji podmiotowej zgodnie z art. 57–64, a więc prowadzonej m.in. na podstawie jednolitego dokumentu (art. 59). Zapewne to z tego powodu polski ustawodawca nie zdecydował się na całkowite wyłączenie obowiązku składania JEDZ w procedurze odwróconej, pozwalając jedynie na odciążenie wykonawców, którzy zajęli dalsze lokaty na liście rankingowej. Nie chcę, żeby powstało wrażenie, iż jestem zwolennikiem jednolitego dokumentu. Wprost przeciwnie – jest to dla mnie przejaw zbędnego i nadmiernego biurokratyzmu, za który tak często krytykowana jest Bruksela. Kiedy tylko mogę postuluje, aby zamawiający korzystali z możliwości, jakie daje sekcja α JEDZ. Wprawdzie dotyczy ona jedynie warunków udziału w postępowaniu, ale chociaż w ten sposób zamawiający może ułatwić wykonawcy udział w postępowaniu.

GRZEGORZ MAZUREK: Powodem, dla którego Zamawiający stosują tę konstrukcję jest Zmniejszenie objętości ofert. W takim przypadku wykonawcy co do zasady składają same formularze ofertowe, ewentualnie pełnomocnictwa i wadium. Natomiast w sytuacji, gdy podmiotowe środki dowodowe pokrywałyby się zakresowo z oświadczeniem wstępnym – to trudno znaleźć uzasadnienie dla oświadczenia wstępnego składanego wraz z nimi (np. wraz z oświadczeniem o aktualności oświadczenia wstępnego).

W nowej ustawie wykluczenie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje jest przesłanką fakultatywną. Podobnie w przypadku wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W poprzednio obowiązującej ustawie to były podstawy obligatoryjne wykluczenia. Czym można wytłumaczyć taką zmianę?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: To nie jest dobra zmiana. Wynika jednak pewnie z faktu, że zamawiający często nie mieli narzędzi i wystarczających dowodów dla wykazania wykonawcom umyślności lub zaniedbania w ich działaniach i odwołania przed KIO kończyły się często niekorzystnie dla zamawiających. Przepisy te były (i są nadal) niedoprecyzowane i zawierają pojęcia ocenne i nieostre, co utrudnia znacząco ich stosowanie w praktyce.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: To jest jedna ze zmian, które według mojej oceny nie jest zmianą dobrą. Zgodnie z uzasadnieniem Ustawodawcy, głównym celem było uproszczenie zasad podmiotowej kwalifikacji wykonawców poprzez zmniejszenie katalogu przesłanek wykluczenia. W tym zakresie jednak jest to przyzwolenie dla wykonawców na manipulacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym zakresie, szczególnie w postępowaniach z środków unijnych zalecam Zamawiającym, by przewidywali te dwie fakultatywne przesłanki wykluczenia. Tam, gdzie toczy się walka o zamówienie publiczne, o znacznych wartościach wykonawcy mogą próbować różnych sposobów, niekoniecznie zgodnych z prawem – stąd lepiej się zabezpieczyć.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Nie jestem pewien, czy w ogóle chcę tłumaczyć tę zmianę, ponieważ niezbyt mi się ona podoba. Przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp dotyczą bardzo poważnych naruszeń fundamentalnych zasad obrotu gospodarczego. Moim zdaniem wykonawca, który ich się dopuszcza powinien być eliminowany zawsze, a nie tylko wtedy, gdy przezorny zamawiający wprowadzi stosowną przesłankę do prowadzonego postępowania. Kiedy tylko spotykam się z pracownikami zamawiających, namawiam ich, aby te przesłanki włączyli do zestawu stałych podstaw wykluczenia z postępowania. Źródłem takiego rozwiązania jest prawo unijne. Dyrektywa klasyczna, przede wszystkim w art. 57 ust. 4) wyróżnia przesłanki fakultatywne i państwowemu członkowskim pozostawia decyzję co do sposobu ich wdrożenia. Władze krajowe mogą zobowiązać albo jedynie upoważnić instytucje zamawiające do ich stosowania. Polski ustawodawca wybrał to drugie rozwiązanie, czego efektem jest taki a nie inny stan prawny.

GRZEGORZ MAZUREK: Zmianę można wytłumaczyć intencją przeniesienia na zamawiających decyzji, czy będą stosować w konkretnym postępowaniu przesłanki wykluczenia wykonawcy związane z podaniem nieprawdziwych informacji, a w konsekwencji – czy będą te okoliczności weryfikować. Ustawa przyznaje tutaj pełną swobodę zamawiającym i nie określa żadnych wskazówek w tym zakresie. Jednocześnie – w przypadku stosowania tych przesłanek przez zamawiającego w danym postępowaniu wykonawcę może spotkać bardziej dotkliwa sankcja niż pod rządami Pzp z 2004 r. Może on bowiem zostać wykluczony nie tylko z danego postępowania, ale również z kolejnych postępowań na okres nawet 2 lat. Przepisy Pzp z 2004 r. nie określały konkretnych okresów wykluczenia dla wykonawców składających nieprawdziwe informacje.

Przepisy nowej ustawy również uniemożliwiają zaskarżanie do sądu uchwały Krajowej Izby Odwoławczej (vide: art. 610 ust. 3 i 4 ustawy). Czym wytłumaczyć brak możliwości zaskarżenia uchwał Krajowej Izby Odwoławczej?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Stara ustawa też nie przewidywała takiej możliwości, ponieważ uznano, że uchwała KIO będzie wiążąca dla Prezesa UZP. Odmienna regulacja spowodowałaby nadmierne przedłużenie procedury kontrolnej.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: Krajowa Izba Odwoławcza została powołana głównie w celu rozpoznawania odwołań. W procedurze kontroli postępowań spełnia ona funkcję organu opiniodawczego Prezesa UZP. Opinia wydawana w trybie art. 610 ust. 4 ustawy jest fazą postępowania poprzedzającą zakończenie kontroli. Ustawa nie przewiduje środków odwoławczych. Nie ma zatem formy zaskarżalnego aktu administracyjnego. Zgodnie, z opublikowaną „Informacją o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2020 roku” Izba wydała 62 opinie, w tym: 51 opinii (82%), w których nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego, 4 opinie (7%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 7 opinii (11 %) częściowo uwzględniających zastrzeżenia. Liczba zaskarżanych opinii, na przestrzeni ostatnich lat, utrzymuje się – choć widać tendencje spadkową. Ilość opinii wydawanych przez KIO w porównaniu do ogółu rozstrzygnięć, którą dokonuje Izba – jest wręcz marginalna. Dodatkowo zestawiając ilość zaskarżonych opinii z wynikami skarg na orzeczenia Izby: tylko 20% ogółu skarg przed Sądem zmieniło wyrok KIO. Myślę, że Ustawodawca w tym zakresie obdarzył KIO dużą dozą zaufania, stąd przyjął, że środek zaskarżenia jest zbędny. Wydaje mi się jednak, że właśnie ze względu na tę niewielką ilość zastrzeżeń Zamawiającego na wynik kontroli, możliwość zaskarżenia uchwały do KIO powinna zostać utrzymana. Zawsze jest to dodatkowa forma sprawdzenia legalności rozstrzygnięć wydawanych przez KIO, która dodatkowo mogła przysłużyć się do ujednoczeniu orzecznictwa KIO.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Wydaje mi się, że wyjaśnienie tkwi w różnicy charakteru stosunku prawnego, który stanowi podstawę wyroku i uchwały KIO. Wyrok Izby zapada na tle sporu cywilnoprawnego i jego stronom przysługuje prawo do sądowego rozpatrzenia takiego sporu, a będąc bardziej precyzyjnym – do sądowej kontroli rozstrzygnięcia KIO. Uchwała stanowi rozstrzygnięcie sporu powstałego na gruncie postępowania kontrolnego, które nie ma charakteru cywilnoprawnego, więc nie ma tu miejsca na kognicję sądu zamówień publicznych.

GRZEGORZ MAZUREK: W postanowieniu NSA z dnia 24 października 2014 r., sygn. akt II GSK 2444/14, stwierdzono, że sprawa dotycząca skargi na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej nie należy do właściwości rzeczowej sądów administracyjnych. W postanowieniu wskazano, że wydanie tego rodzaju uchwały nie prowadzi automatycznie do przyznania stronie jakichkolwiek uprawnień lub nałożenia jakichkolwiek obowiązków wynikających z przepisów prawa. Wyrażenie przez Krajową Izbę Odwoławczą opinii w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyników kontroli doraźnej nie sprawia w szczególności, że na zamawiającego z mocy prawa zostaje nałożona kara pieniężna w trybie określonym w art. 202 ust. 1 w zw. z art. 200 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W postanowieniu NSA z dnia 12 września 2013 r. wskazano, że wydanie opinii (...) jest fazą postępowania poprzedzającą zakończenie kontroli, od której ustawa – Prawo zamówień publicznych nie przewiduje środków odwoławczych, jak również nie odsyła do stosowania przepisów k.p.a.

W przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie ogłoszenia (sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji). W takim przypadku udostępnienie zmiany treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie może nastąpić przed publikacją ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. Przepis ten budzi kontrowersje. Jak ma postąpić zamawiający, gdy na dzień przed upływem terminu otwarcia ofert uzna, że zmiany treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu są wręcz konieczne, a postępowanie współfinansowane ze środków unijnych trwa już 60 dni?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: To rzeczywiście jedna z najgorszych zmian w ustawie. Nie wiadomo, jak zamawiający miałby postąpić w sytuacji opisanej w pytaniu. Unieważnienie postępowania nie znajduje podstawy prawnej i byłoby kompletnie nieracjonalne w tej sytuacji. Dlatego jednak poinformowałabym na stronie internetowej prowadzonego postępowania o przedłużeniu terminu składania ofert przed publikacją ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Byłoby to być może naruszeniem literalnego brzmienia przepisu ustawy, ale moim zdaniem także wyborem mniejszego zła.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: Jedną z największych niedogodności wynikających z ustawy są terminy, ich wyliczenie czy też ewentualne zmiany. Faktycznie zamawiający mają nie lada problem w opisanym w pytaniu stanie faktycznym, tym bardziej że istnieje groźba dużej kary finansowej, w postaci korekty współfinansowanych środków unijnych. Myślę, że w pierwszym roku stosowania przepisów ustawy PZP Zamawiający byli zaskoczeni takim podejściem ustawodawcy do zmiany ogłoszenia w procedurze unijnej. Należy jednak pamiętać, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi być prowadzone zgodnie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego

traktowania wykonawców – w tym również unijnych. Postępowanie musi być prowadzone w sposób przejrzysty, jasny dla wszystkich jego uczestników. Wykonawcy muszą mieć odpowiedni czas na to by zaznajomić się z całą dokumentacją zamówienia by przygotować dobrze ofertę. Zamawiający nie może „zaskakiwać”. Jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, profesjonalista musi przygotować tak postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego by jego zapisy nie budziły wątpliwości wykonawców, a jeśli tak owe się pojawią istnieje procedura ich wyjaśnienia. Myślę, że problem ze zmianą ogłoszenia, i jego publikacją w DUUE spowodowany był właśnie niezajomością przepisów nowej ustawy PZP i naleciałościami ustawy z 2004 roku. Myślę, że w miarę praktyki stosowania ustawy takie sytuacje nie będą miały miejsca. Zamawiający zaczynają bardziej taktycznie podchodzić to zmian w ogłoszeniach, nie zostawiając wszystkiego na ostatni moment. Tylko skrupulatne prowadzenie postępowania, przestrzeganie terminów zagwarantuje nam możliwość dokonania zmiany takiego ogłoszenia w DUUE w odpowiednim terminie. O tym, że zmiany są istotne dowiadujemy się w momencie, kiedy je opracowujemy, stąd decyzja o publikacji zmian nie powinna być podejmowana na ostatni moment. Dobre procedury wewnętrzne, współpraca pomiędzy członkami komisji powinna być ścisła – tylko wtedy mamy szansę uniknąć sytuacji, o której mowa w pytaniu. Wracając jeszcze do zadanego pytania w opisanym stanie faktycznym Zamawiający nie ma szansy uratowania sytuacji, jeśli nie dokona publikacji zgodnie z przepisami ustawy. Pojawia się natomiast możliwość unieważnienia postępowania 255 pkt. 6 PZP tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z art. 457 ust.1 pkt. 1 ustawy PZP, z tym, że w mojej ocenie zmiany, które miały być dokonane w tym ogłoszeniu faktycznie powinny być niezbędne i konieczne.

MACIEJ LUBISZEWSKI: W takiej sytuacji zmiana będzie niedopuszczalna. Zamawiający stanie przed alternatywą: kontynuować postępowanie bez zmian SWZ i ogłoszenia albo je unieważnić – tu zapewne przyda się art. 256 Pzp. Powiem coś niepopularnego – takie sytuacje najczęściej wynikają z jakiejś „niedoróbki” ze strony zamawiającego. Nie chcę nikogo urazić, ale oczekuję od zamawiającego i osób występujących po jego stronie profesjonalizmu. Nie może być tak, że zamawiający po przygotowaniu postępowania i po niemal dwóch miesiąca od jego wszczęcia nagle orientuje się, że musi zmienić SWZ. Pamiętajmy o wykonawcach, którzy w opisanym przez Pana przypadku przygotowali już swoje oferty. Poświęcili swój czas i często niemałe środki, aby przygotować ofertę zgodną z warunkami zamawiającego. I w takiej sytuacji zamawiający za pięć dwunasta zmienia zdanie – to skrajnie nieprofesjonalne! Żeby nieco udobruchać pracowników działów zamówień publicznych, którzy nas teraz czytają dodam, że rzadko kiedy błąd leży po ich stronie. Ich zadaniem jest przeprowadzenie procedury zgodnie z prawem i z tego zadania najczęściej wywiązują się wzorowo. Zmiany SWZ najczęściej dotyczą przedmiotowych warunków zamówienia, a więc opisu, warunków realizacji, postanowień umowy. Nawet zmiana kryteriów, czy też zmiana warunków udziału w postępowaniu jest ściśle związana z przedmiotem zamówienia. Tymczasem pracownik działu zamówień publicznych może nawet nie wiedzieć, czego dotyczy zamówienie, bo nie za to mu płać. To pracownik merytoryczny powinien opracować przedmiotowe warunki zamówienia. I tu wychodzi nasza bylejakość, która mnie straszliwie irytuje. Czy to oznacza, że pracownik merytoryczny ma być alfą i omegą? Byłoby dobrze, ale znam realia i wiem, że ideał rzadko występuje w przyrodzie. Ale od czego są wstępne konsultacje rynkowe? Od czego są zebrania wykonawców, podczas których można dowiedzieć się od fachowców o niedostatkach SWZ? Wreszcie od czego są tryby negocjacyjne? Właśnie od tego, aby niwelować skutki niewiedzy zamawiającego. A jak często zamawiający korzystają z tych rozwiązań? Każdy pracownik zamawiającego niech sam sobie odpowie na to pytanie. Do tego

praktykę zamówień psuje wszechobecny pośpiech. Jesteśmy w ciągłym niedoczasy. To wszystko stanowi gotowy przepis na klapę. Błędy i niedoróbki czasem nie wyjdą na jaw, czasem wyjdą we właściwym momencie, kiedy można jeszcze zareagować. Ale niekiedy wyjdą tuż przed otwarciem ofert, albo nawet po ich otwarciu. A ile razy feler ujawnia się już na etapie realizacji? Nie zrzucamy winy na przepisy, tylko uderzmy się we własne piersi.

GRZEGORZ MAZUREK: Zamawiający co do zasady powinien zrealizować obowiązki określone w 137 ust. 4 i 5 Pzp. Jeżeli zmiana jest istotna dla sporządzenia ofert, powinien przedłużyć termin składania ofert. Należy uwzględnić, że ustawa określa jedynie minimalne terminy składania ofert.

Czy powinno się poprzeć wycofanie obowiązku składania wstępnych oświadczeń, w tym jednolitego dokumentu i pozostawienia tylko obowiązku wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia. Przecież w trybie zamówienia z wolnej ręki można w ogóle nie żądać wstępnego oświadczenia.

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Zdecydowanie tak. Idea tzw. „wstępnych oświadczeń” kompletnie niczemu nie służy. Zamawiający na podstawie wstępnych oświadczeń nie jest w stanie przeprowadzić żadnego wnioskowania, co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu czy też braku podstaw wykluczenia. Dopiero dokumenty złożone przez wykonawcę najwyżej ocenionego dają pełen obraz sytuacji. Wstępne oświadczenia są więc całkowicie zbędne.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: Myślę, że jest to ciekawe rozwiązanie warte rozważenia. Na pewno w znacznym stopniu odformalizowałoby to postępowanie i je przyspieszyło. Myślę, że taka będzie przyszłość zamówień publicznych. Wykonawcy będą uprzednio weryfikowani, przez co w postępowaniach pozostanie im już tylko złożyć elektronicznie ofertę. Już teraz ustawodawca, na gruncie PZP, zachęca Zamawiających jak np. art. 139 ust. 2 PZP, by nie żądać oświadczenia JEDZ od wszystkich wykonawców, czy by wykorzystywać dokumenty i oświadczenia, które zamawiający posiada bądź może sam pobrać z ogólnopolskich baz. Warto również wspomnieć o dynamicznym systemie zakupów, gdzie Zamawiający wstępnie dokonuje kwalifikacji wszystkich wykonawców pod kątem braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a potem zaprasza ich do składania ofert na sklasyfikowany uprzednio przedmiot zamówienia. W trakcie trwania dynamicznego systemu zakupów wnioski o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów mogą składać kolejni, zainteresowani wykonawcy. I tak zamiast robić kilka postępowań, mamy już raz zweryfikowanych wykonawców z którymi realizujemy zamówienia publiczne. Jestem zdania, że jeżeli jest to możliwe powinniśmy dążyć do jak największego odformalizowania zamówień publicznych.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Jednolity dokument to wymysł Brukseli i taki postulat wymagałby zmiany prawa unijnego. *Dura lex sed lex*. A skoro jesteśmy skazani na JEDZ, to i w postępowaniach krajowych – opartych a takim samym modelu proceduralnym – niech takie oświadczenie sobie pozostanie. W końcu stanowi ono podstawę dla domniemania, że oferent spełnia wymagania podmiotowe, a więc że jego oferta nie podlega eliminacji z postępowania. A to z kolei sprawia, że zamawiający po zbadaniu wszystkich ofert może ustalić, które oferty punktować, a które odrzucić. Nie traktujmy więc tych oświadczeń jako zbędnych formalności. Przykład z wolną ręką jest, moim zdaniem, o tyle chybiony, że jest to tryb, w którym występuje tylko jeden wykonawca. Do tego w tym trybie

nie składa się ofert, ponieważ jest to tryb negocjacyjny. Wstępna kwalifikacja podmiotowa jest więc w zasadzie zbędna. Niechęć wobec oświadczeń wstępnych bierze się chyba stąd, że sami sobie gmatwamy procedurę kwalifikacji podmiotowej. W postępowaniach krajowych takie oświadczenia wstępne mogłyby przecież stanowić element formularza ofertowego. Zamawiający zobowiązują wykonawców do oświadczenia w ofercie, że zapoznali się z SWZ, wzorem umowy, że nie wnoszą do nich żadnych zastrzeżeń. Dlaczego do tych oświadczeń, widniejących w niejednym formularzu ofertowym, nie wprowadzić oświadczenia wstępnego? Nigdzie nie jest napisane, że oświadczenie to musi być złożone na odrębnym dokumencie. Czy nie ułatwiłoby to postępowania? Z kolei w postępowaniach unijnych mamy JEDZ, o którym już się wypowiedziałem. W przetargach nieograniczonych procedura odwrócona pozwala nie żądać dołączania do ofert jednolitych dokumentów. Od tego ona jest, aby z niej korzystać. Dlaczego nie jest powszechną praktyką ograniczenie się do żądania wypełnienia jedynie sekcji α ? Są Autorzy, którzy piszą, że w postępowaniach o wartości przekraczającej progi unijne korzystanie z tej sekcji jest ryzykowne, ponieważ w grę wchodzi spore wydatki środków unijnych. Jak zawsze chcemy być świętsi od papieża. Komisja Europejska zna wartość progów unijnych, bo sama ją ustala i mimo to wprowadziła sekcję α . Poza tym jej użycie nie zwalnia zamawiającego z żądania podmiotowych środków dowodowych. Co więcej, zamawiającemu, który „ośmielił się” skorzystać z sekcji α odpada często pomijany problem powielenia się oświadczeń z JEDZ z oświadczeniami składanymi jako podmiotowe środki dowodowe. Narzędzia ułatwiające procedurę leżą na stole, trzeba tylko świadomie ich używać.

GRZEGORZ MAZUREK: Składanie wstępnych oświadczeń w ofercie ma sens z uwagi na ujednoczenie momentu, w którym ma nastąpić spełnienie warunku udziału w postępowaniu – przykładowo – jeśli jest warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, to wszyscy wykonawcy powinni spełniać go na wskazany jednolicie dzień. Potwierdzenie wstępne spełnienia warunku to wstępne oświadczenie. W przypadku wycofania wstępnych oświadczeń – należałoby przyjąć, że warunki mogą być spełnione dopiero na przyszłość – przykładowo – wykonawca, który bierze udział w przetargu, w którym wymagane jest posiadanie ubezpieczenia w określonej kwocie – wykupiłby to ubezpieczenie dopiero po wygraniu przetargu. Tak więc – całkowite wycofanie wstępnych oświadczeń – mogłoby naruszyć podstawy w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Czy dopuszczenie wniesienia odwołania w zasadzie na każdą niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu, bez względu na wartość zamówienia, było słusznym rozwiązaniem?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Tak, to słuszne rozwiązanie. Uważam, że wykonawcy powinni mieć prawo odwołać się od każdej czynności zamawiającego. Zamawiający nie są nieomylni, często jednak niechętnie przyznają się do błędów i sami z siebie powtarzają wadliwe czynności w postępowaniu.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: Możliwość wniesienia odwołania na każdą czynność zamawiającego spowodowała rekordową ilość odwołań, ale również wpłynęła znacznie na wydłużenie terminów ich rozstrzygnięcia. Znacznie spowolniło to proces udzielania zamówień publicznych niejednemu zamawiającemu w Polsce. Z tym, że rok 2021r. był rokiem przełomowym, ponieważ oprócz pandemii weszła w życie całkowicie nowa ustawy PZP. Uważam jednak, że jest to dobry kierunek, który finalnie ma szansę faktycznie ujednoczyć interpretacje ustawy PZP.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Tak. Zbyt często obserwowałem poważne naruszenia dawnego Pzp z przeświadczeniem zamawiającego o własnej bezkarności. Zbyt często musiałem zdesperowanemu wykonawcy tłumaczyć, że wprawdzie zamawiający złamał prawo, ale niewiele da się z tym robić. Informacja o niezgodności czynności z ustawą była fikcją. Wykonawcom często pozostawało tylko pisanie donosów, które i tak nie przywracały stanu zgodności z prawem. Nie tak powinno działać państwo i prawo. Jeżeli dochodzi do sporu, co w zamówieniach publicznych jest wręcz naturalne (prawie zawsze ktoś jest niezadowolony z rozstrzygnięcia przetargu i próbuje je podważyć), najistotniejsze jest, aby ten spór szybko rozstrzygnąć i pójść dalej. Wykonawcy w pełniejszym zakresie mogą teraz dochodzić swoich praw i nie muszą donosić na zamawiających. Zamawiający, którzy dowiodą swoich racji w KIO dostaną do ręki wyrok, który tę rację urzędowo potwierdzi.

GRZEGORZ MAZUREK: Tak. W wyniku wejścia w życie nowej ustawy możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w pełnym zakresie została zapewniona również mniejszym wykonawcom, w tym wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Brak ograniczeń w korzystaniu ze środków ochrony prawnej sprzyja przeprowadzaniu postępowań w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i proporcjonalny, co zwiększa szanse na wybór ofert o najlepszym stosunku jakości do ceny. Widać, że wzrost liczby odwołań nie ma negatywnego wpływu na sprawność orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W ostatnim okresie czas rozpoznania odwołania – po okresie wydłużenia spowodowanego restrykcjami związanymi z wybuchem pandemii COVID-19 – ponownie zbliża się do ustawowego terminu tj. 15 dni od dnia doręczenia odwołania Prezesowi Izby.

W 2018 r. wpłynęło 2 714 odwołań, w 2019 r. 2694 odwołań, w 2020 r. ponad 3500 odwołań. Prawdopodobnie 2021 rok będzie rekordowym rokiem orzecznictwem, jeśli chodzi o wpływ i liczbę rozstrzygniętych odwołań? Można spodziewać się około 3700 wyroków. Jak wytłumaczyć ciągły wzrost liczby odwołań? Nowa ustawa jest wprawdzie obszerną, ale przecież nie wprowadziła aż tak rewolucyjnych procedur.

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Nowa ustawa niby nie wprowadza rewolucyjnych rozwiązań, ale ogromna ilość przepisów uległa choćby drobnej zmianie. Niektóre zmiany długo pozostaną niezauważalne zarówno dla zamawiających jak i wykonawców, co powodować będzie konflikty i doprowadzać do wnoszenia odwołań. Ponadto UZP w swoich interpretacjach ustawy jest bardzo zachowawczy, opinie są niejednoznaczne i różnie interpretowane przez strony postępowania, co także potęguje możliwość konfliktu. Orzeczenia sądów i Krajowej Izby Odwoławczej też są coraz częściej sprzeczne, co też nie ułatwia interpretacji przepisów.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: Tak jak wspomniałam wyżej – można wnieść odwołanie na każdą czynność zamawiającego, stąd zapewne zwiększona ilość odwołań. Niepokojąca sytuacja gospodarcza mogła również zwiększyć zainteresowanie zamówieniami publicznymi wykonawców, którzy wcześniej zainteresowani byli wyłącznie rynkiem prywatnym. Pozyskanie pewnego płatnika, w postaci zamawiającego, w dobie pandemii to dobry argument – skłaniający do bardziej zaciętej walki w drodze do uzyskania zamówienia, włączając w to również postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Odpowiedź na to pytanie wymaga badań. Sam takich badań nie prowadziłem, nie znam też wyników badań prowadzonych przez innych. Jestem zdany na intuicję i

doniesienia prasowe. Rok 2020 to początek pandemii covid-19 w Polsce, która zapewne wpłynęła na wzrost liczby odwołań. Rynek wyhamował i zamówienia publiczne stały się dla przedsiębiorców ważnym (a niekiedy – jedynym) źródłem przychodów, co przełożyło się na ostrość rywalizacji. W ten sposób tłumaczę wzrost liczby odwołań w 2020 r., chociaż zapewne były też inne czynniki. Z kolei w 2021 r. nowa ustawa zniosła ograniczenie podstaw do wniesienia odwołania. Można zaskarżyć każdą czynność i każde zaniechanie zamawiającego. Jak widać, wykonawcy z tego korzystają.

GRZEGORZ MAZUREK: Wzrost liczby odwołań wynika między innymi z dopuszczenia możliwości wniesienia odwołania na każdą niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu, także w postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne. Zwiększenie liczby odwołań może również wynikać z faktu, że w dobie pandemii COVID-19 zamówienia publiczne mogą być postrzegane jako stabilne źródło przychodów wykonawców, co zwiększa konkurencyjność ogłaszanych postępowań. Istotnym elementem może być również sprawność orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Wydawanie wyroku bez zbędnej zwłoki oraz fakt, że postępowanie odwoławcze do chwili jego zakończenia wstrzymuje zawarcie umowy – jest bardzo ważne dla wykonawców.

Czy powinno się wprowadzić do ustawy możliwość wniesienia odwołania także na wyodrębniony adres poczty elektronicznej Urzędu Zamówień Publicznych w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej opatrzonego podpisem zaufanym lub podpisem osobistym?

IWONA MILLER-RUTKOWSKA: Oczywiście, że tak. To byłoby dobre rozwiązanie.

AGNIESZKA SZAJKOWSKA: To jest słuszny kierunek. Mamy XXI wiek i pełną elektronizację zamówień publicznych. Byłoby to znaczne ułatwienie dla Wykonawców.

MACIEJ LUBISZEWSKI: Nie jestem ekspertem od komunikacji elektronicznej. Wydaje mi się, że poczta elektroniczna może nie zapewniać należytego poziomu bezpieczeństwa. Stąd, póki co musi nam wystarczyć ePUAP i forma elektroniczna albo postać elektroniczna z podpisem zaufanym. Ciężkaw jestem, jak sprawdzą się e-doręczenia, które w niedalekiej przyszłości wejdą do KIO. Marzy mi się też dodatkowy moduł odwoławczy na platformie e-zamówienia.

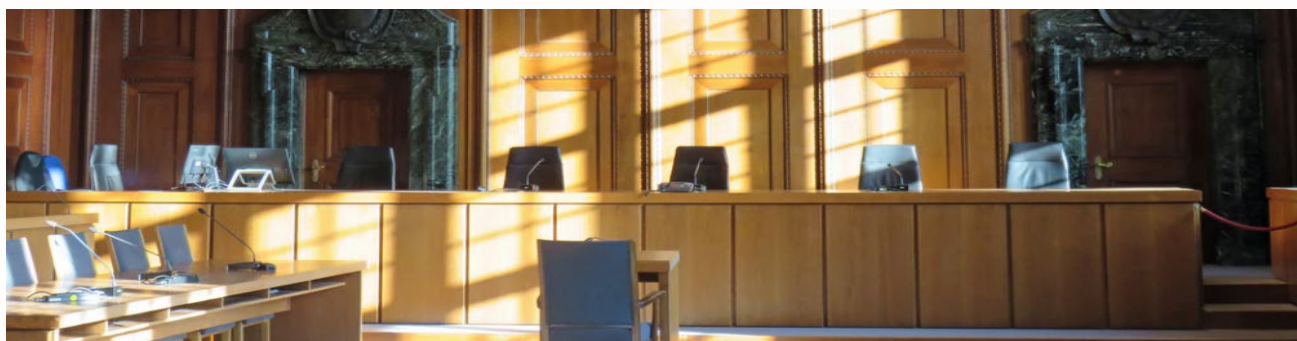
GRZEGORZ MAZUREK: Tak. Obecny sposób przekazywania odwołania wnoszonego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tj. przekazywanie odwołania na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu na platformie e-PUAP przez „formularz” w który należy „wklejać” treść odwołania a ponadto – poprzez załączanie plików ma swoje minusy. Dobrą propozycją jest dopuszczenie możliwości wniesienia odwołania na wyodrębniony adres poczty elektronicznej Urzędu Zamówień Publicznych – nawet jako alternatywny sposób wnoszenia odwołania w drodze elektronicznej. Jednocześnie w ramach takiego rozwiązania mógłby istnieć mechanizm potwierdzania przez Urząd Zamówień Publicznych otrzymania wiadomości email z wniesionym odwołaniem.

Dziękuję za rozmowę

Józef Edmund Nowicki

Klauzula *rebus sic stantibus* w zamówieniach publicznych

OCENA, CZY OKREŚLONE OKOLICZNOŚCI MOGĄ BYĆ ZAKWALIFIKOWANE
JAKO NADZWYCZAJNA ZMIANA STOSUNKÓW, NALEŻY KAŻDORAZOWO
DO SĄDU ORZEKAJĄCEGO



MIKOŁAJ KOŁECKI

Adwokat. Były członek Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej. Współautor publikacji z dziedziny prawa zamówień publicznych. Specjalizuje się w problematyce umów o roboty budowlane.

Klauzula *rebus sic stantibus* (łac. w takim stanie rzeczy) przewiduje możliwość dokonania zmiany treści zobowiązania przez sąd w przypadku wystąpienia nagłej zmiany stosunków. Klauzula ta została uregulowana w treści art. 357¹ k.c. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

Przepis art. 357¹ k.c. wymaga również, aby nadzwyczajna zmiana stosunków miała charakter nieprzewidywalny, a co za tym idzie nie może on wynikać z normalnego ryzyka kontraktowego.

Klauzula *rebus sic stantibus* wynikająca z art. 357¹ k.c. ma zastosowanie tylko wtedy, gdy strony nie mogły przewidzieć nadzwyczajnej zmiany stosunków.

Klauzula ta ma charakter wyjątkowy, nie podlega wykładni rozszerzającej. Nadzwyczajna zmiana stosunków to zdarzenia zewnętrzne względem stron o charakterze powszechnym, niezależne od woli stron i zupełnie wyjątkowe. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie stąd nie sposób przyjąć, aby powyższy przepis mógł znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie. Tym samym nie można mówić o jego narusze-

niu, poprzez jego niezastosowanie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 19 listopada 2019 r., I AGa 99/19)

W postanowieniu z dnia 24 kwietnia 2019 r., I CSK 640/18 Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że przepisem art. 357¹ k.c. objęte są tylko zdarzenia nadzwyczajne o charakterze powszechnym, niezależne od woli stron, wykraczające poza typowe ryzyko gospodarcze. Ocena, czy określone okoliczności przez ich wpływ na zobowiązanie umowne mogą być zakwalifikowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków, należy każdorazowo do sądu orzekającego. W ocenie Sądu przepis art. 357¹ k.c. jednoznacznie wskazuje na to, że „wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków nie musi oznaczać, iż sąd zaingeruje w stosunek zobowiązaniowy łączący strony. Ustawodawca określił bowiem dalsze przesłanki tej ingerencji, którymi są interesy obu stron oraz zasady współżycia społecznego. Te ogólne klauzule wymagają uzupełnienia konkretną treścią na gruncie poszczególnych stanów faktycznych, podlegających rozważeniu przez sądy i trudno w odniesieniu do nich formułować rozstrzygnięcia o znaczeniu systemowym i uniwersalnym. To, że podmioty obrotu gospodarczego prowadzą działalność w celu osiągnięcia zysku nie oznacza przy tym, że każde przedsięwzięcie, w jakim uczestniczą musi im zagwarantować jego osiągnięcie. Przed skorzystaniem z kompetencji przewidzianych w art. 357¹ k.c. sąd musi rozważyć nie tylko interes powołującego się na nadzwyczajną zmianę stosunków, ale i jego kontrahenta.”

Klauzula *rebus sic stantibus* ma istotne znaczenie w kontekście możliwości dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* do umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalne na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp¹. Możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 357¹ k.c. jest uzależniona od łącznego spełnienia kilku przesłanek.

W pierwszej kolejności należy określić, czy doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków. Zmiana taka rozumiana jest jako np. stan wojenny, stan klęski żywiołowej, stan epidemii, ale również nagła zmiana stosunków gospodarczych czy nawet nagła zmiana stanu prawnego.

Następnie należy określić czy nadzwyczajna zmiana stosunków powoduje, że spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco stratą. Należy przy tym ocenić czy nadzwyczajna zmiana stosunków doprowadziła do naruszenia równowagi kontraktowej, w szczególności w ramach oceny przekroczenia zwykłego ryzyka kontraktowego i w efekcie wystąpienia po jednej ze stron ryzyka rażącej straty. Należy także ustalić możliwość przewidywania przez strony nie tylko wystąpienia nagłej zmiany stosunków, ale jej wpływu na realizację zawartej umowy. Przy dokonywaniu powyższej oceny należy zastosować surowsze kryteria w stosunku do podmiotów profesjonalnych z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez nich działalności. Od podmiotów takich można bowiem oczekiwać bardziej rzetelnej oceny ryzyka wystąpienia poszczególnych zdarzeń.

Zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* możliwe jest jedynie przez sąd z inicjatywy jednej ze stron polegającej na wniesieniu powództwa. W przeciwieństwie do art. 455 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy Pzp nie jest możliwe zastosowanie tej klauzuli w ramach negocjacji stron.

Z punktu widzenia zamówień publicznych zaletą klauzuli *rebus sic stantibus* jest stosowanie jej przez obiektywny i niezawisły sąd. Stanowi to gwarancję, iż umowy w sprawach zamówień publicznych nie będą zmieniane w sposób dowolny i z błahych powodów. W przypadku zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* sąd ma obowiązek rozważyć interesy stron, a także stosować się do zasad współżycia społecznego.

Przepis art 357¹ k.c. pozwala sądowi na bardzo głęboką ingerencję w treść umowy, ponieważ poza zmianą wysokości świadczeń sąd może także na nowo określić sposób wykonania umowy.

Istotne jest również to, że w ramach stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* możliwa jest nie tylko modyfikacja treści zobowiązania, ale także w niektórych przypadkach nawet całkowite rozwiązanie umowy orzekając w miarę potrzeby o wzajemnych rozliczeniach stron.

Dostrzec należy także, że celem zastosowania przez sąd klauzuli *rebus sic stantibus* nie może być uzyskanie przez wykonawcę pierwotnie oczekiwanego poziomu zysku. Postępowanie ma przede wszystkim na celu usunięcie stanu rażącej straty, który by groził stronie w przypadku dalszego realizowania umowy. Wskazany przepis ma na celu przywrócenie ekwiwalentności świadczeń, która w wyniku nadzwyczajnej zmiany stosunków została zachwiana. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których strony wychodzą poza zwykłe ryzyko kontraktowe.

O dopuszczalności stosowania art. 357¹ k.c. do umowy w sprawie zamówienia publicznego wypowiedział się Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej „Dopuszczalność zmian umowy o zamówienie publiczne”² („Strony zawartej umowy mogą również zmienić jej treść w wyniku waloryzacji sądowej. Taka zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może być poddyktowana np. nadzwyczajną zmianą stosunków (*rebus sic stantibus*), uregulowaną w art. 357¹ Kodeksu cywilnego.”).

Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że przepis art. 357¹ k.c. „stanowi wyjątek od zasady *pacta sunt servanda*. Ta kwalifikacja determinuje konieczność ścisłej jego interpretacji zapewniającej utrzymanie pewności i bezpieczeństwa obrotu oraz stabilności systemu umów, w tym także w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Z punktu widzenia art. 357¹ k.c., konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia pu-

blicznego uzależniona jest od zajścia kilku przesłanek. Trzeba ustalić, kiedy umowa została zawarta i na ten dzień ocenić, czy rzeczywiście okoliczności powodujących konieczność jej zmiany nie można było przewidzieć. Należy mieć na względzie, jakie materiały budowlane są potrzebne do realizacji umowy, jak również czy wzrost ich cen był istotny i znaczący. Konieczne jest sprawdzenie czy okoliczności te skutkują poniesieniem przez wykonawcę zamówienia publicznego straty oraz czy ma ona rażący charakter. Celem przepisu art. 357¹ k.c. jest najogólniej mówiąc przywrócenie zachwianej niespodziewanymi zdarzeniami ekwiwalentności świadczeń. Nie może on jednak stanowić podstawy do zdjecia z wykonawcy ryzyka prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Może on służyć wyłącznie do zapobieżenia powstania po stronie wykonawcy rażącej straty.” Dodatkowo należy zwrócić uwagę na przepis art. 358¹ k.c. stanowiący tzw. małą klauzulę *rebus sic stantibus*.

Zgodnie z art. 358¹ § 3 k.c. w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub umowie. Przepis art. 358¹ § 3 k.c. dotyczy tylko świadczeń pieniężnych i nie może być stosowany przez przedsiębiorców, jeżeli świadczenie pozostaje w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa.

W nauce prawa cywilnego przyjmuje się, że przepisy art. 357¹ i art. 358¹ mają charakter dyspozytywny, w związku z czym niektórzy zamawiający usiłowali wyłączyć możliwość stosowania tych przepisów w swoich umowach. Spotkało się to jednak z reakcją Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., KIO 173/18 uznała, że wyłączenie stosowania art. 357¹ k.c. i art. 358¹ k.c. nie jest uzasadnione w przypadku umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie można oczekiwać od wykonawców, aby w

ramach oferty kalkulowali ryzyka, które pomimo zachowania należytej staranności mają charakter nieprzewidywalny. Zamawiający nie może natomiast w sposób jednostronny odbierać stronom umowy prawa do uregulowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia sytuacji wyjątkowych, niemożliwych do przewidzenia w umowie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej taki zapis ocenić należy jako naruszający uczciwą konkurencję, ponieważ promuje tych wykonawców, którzy posiadają znaczne zasoby finansowe i z tego względu są zabezpieczeni w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone również w wyrokach z dnia 10 lipca 2018 r., KIO 1266/18 oraz 14 sierpnia 2018 r., KIO 1494/18, w których uznano, iż wyłączenie stosowania art. 357¹ k.c. 358¹ k.c. nie jest możliwe także w przypadku zawarcia w umowie klauzul waloryzacyjnych. Klauzula rebus sic stantibus stanowi bardzo ważne narzędzie stanowiące swego rodzaju zabezpieczenie interesów stron umowy, ponieważ pozwala stronom umowy w sprawie zamówienia publicznego zmienić jej treść wbrew woli drugiej strony w przypadku wystąpienia nagłych i niespodziewanych okoliczności. Zmiana taka jest jednak reglamentowana poprzez konieczność łącznego wystąpienia wielu przesłanek, a ponadto jej zastosowanie możliwe jest w ramach procesu sądowego.

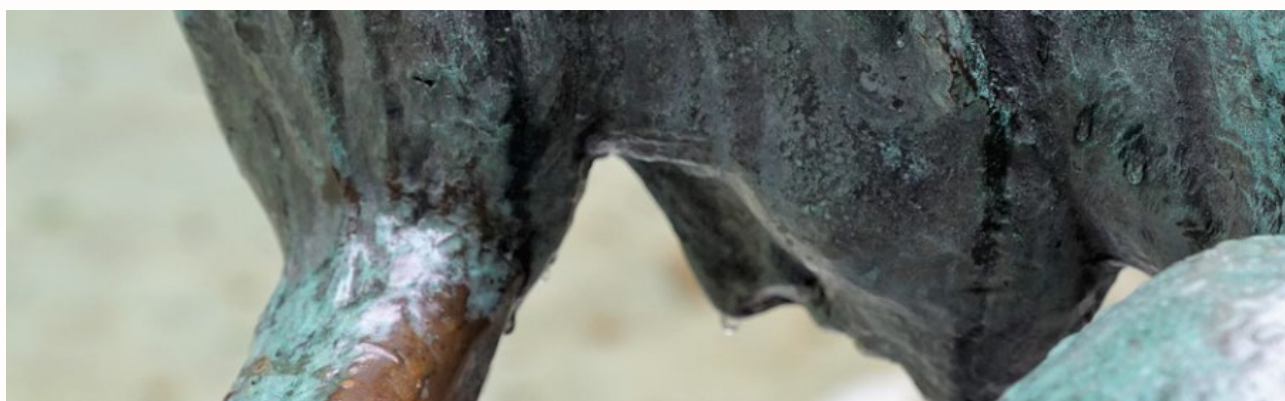
Powyższe stanowisko zostało potwierdzone również w wyrokach z dnia 10 lipca 2018 r., KIO 1266/18 oraz 14 sierpnia 2018 r., KIO 1494/18, w których uznano, iż wyłączenie stosowania art. 357¹ k.c. 358¹ k.c. nie jest możliwe także w przypadku zawarcia w umowie klauzul waloryzacyjnych.

¹ Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.



Zatrzymanie wadium może budzić wątpliwości

W ORZECZNICTWIE ZWRACA SIĘ UWAGĘ NIE TYLKO NA SANKCYJNY I DYSCYPLINUJĄCY WYKONAWCÓW CHARAKTER ART. 98 UST. 6 PKT 1 USTAWY PZP, ALE TAKŻE NA KONIECZNOŚĆ OCENY WYSTĄPIENIA PRZESŁANEK ZATRZYMANIA WADIUM NA PODSTAWIE TEGO PRZEPISU PRZY UWZGLĘDNIENIU OKOLICZNOŚCI DANEJ SPRAWY



MACIEJ SOBIERAJ

Adwokat specjalizujący się w prawie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyra-

ził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Przepis art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp odpowiada co do zasady przepisowi art. 46 ust. 4a Pzp2004 („Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp2004, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp2004, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o

której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”)

W orzecznictwie zwraca się uwagę nie tylko na sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter art. 46 ust. 4a Pzp2004, ale także na konieczność oceny wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium na podstawie tego przepisu przy uwzględnieniu okoliczności danej sprawy. Konsekwencją nieprawidłowego i pochopnego zastosowania tego przepisu nie może być bowiem doprowadzenie do powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawców w sytuacji, gdy dołożyli oni należytej staranności w uzyskaniu określonych dokumentów, złożyli je i mimo to dokumenty te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W orzecznictwie można również spotkać się z bardziej rygorystycznym stanowiskiem, zgodnie z którym za niezłożenie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004 należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność wykonawcy, lecz również złożenie takich dokumentów, z których nie wynika potwierdzenie spełnienia takich okoliczności. Na przestrzeni ponad 10 lat nie została bowiem ukształtowana jednolita (ugruntowana) linia orzecznicza.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej

W najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie zostało wypracowane jednolite stanowisko w sprawie zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp2004. W wyroku z dnia 18 grudnia 2020 r., KIO 3141/20 skład orzekający uznał, że podstawą zatrzymania wadium nie mogło być złożenie przez Odwołującego dokumentów żądanych przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy Odwołujący nie wykazał, że zaofiarowane materiały równoważne spełniają określone przez Zamawiającego wymagania. Skład Orzekający zwrócił uwagę, że dla zatrzymania wadium konieczne jest zaistnienie trzech przesłanek, których ciężar wykazania – w myśl k.c. –

spoczywa na zamawiającym. Pierwszą z nich jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp2004, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp2004, pełnomocnictw lub niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004. Drugą przesłankę, którą zamawiający musi wykazać to wina wykonawcy. W tym zakresie, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, odnosząc się do przesłanek zatrzymania wadium wskazał, że wykonawca powinien dokładać należytej staranności na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym winę wykonawcy należy rozumieć i oceniać analogicznie jak na gruncie art. 472 k.c., a zatem przez pryzmat należytej staranności. Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium stanowi wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania na wynik postępowania. Skład orzekający zwrócił również uwagę, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Czynność zatrzymania wadium zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 4a Pzp2004 została ściśle powiązana z treścią przepisu art. 26 ust. 3 i 25 ust. 1 Pzp2004. Odwołanie się przez ustawodawcę do art. 25 ust. 1 Pzp2004 wskazuje jednoznacznie, że nie chodzi tu jedynie o fizyczne niezłożenie dokumentów i oświadczeń, lecz również złożenie ich w reakcji na wezwanie w sposób niepotwierdzający spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Sąd

Najwyższy wskazał, że rozstrzygając spór o zwrot wadium mając na względzie cel art. 46 ust. 4a Pzp2004 należy każdorazowo badać, czy zamawiający zatrzymując wadium – powodowany częstokroć dyscypliną finansów publicznych – korzysta ze swojego prawa zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem (art. 5 k.c.). Stosowanie klauzuli generalnej w uzasadnionych przypadkach pozwoli łagodzić restrykcyjny charakter przepisu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej „Zamawiający bardzo restrykcyjnie zinterpretował treść art. 46 ust. 4a Pzp2004, pomijając ciąg okoliczności związanych z prowadzonymi przez siebie postępowaniami przetargowymi i własnymi uchybieniami, które mogły rzutować na decyzje Odwołującego co do udziału w obecnym postępowaniu czy też oceny spełnienia wymagań wynikających z zapisów SIWZ. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że Odwołujący jest profesjonalistą i winien działać z należyłą starannością składając dokumenty wymagane przez Zamawiającego. Jednakże Odwołujący działał w zaufaniu do decyzji Zamawiającego wynikających w poprzedniego postępowania i trudno uznać w tym zakresie, iż nie dochował należytej staranności.” Zdaniem Odwołującego przedłożył dokumenty, które według informacji pochodzącej od producenta, oraz jego najlepszej wiedzy potwierdzały spełnianie określonych wymagań. Odwołujący zwrócił również uwagę, że nie uchylił się od przedłożenia na wezwanie Zamawiającego dokumentów, przez co nie można uznać, że zachodzą przesłanki do zatrzymania wadium. W ocenie Odwołującego czynność zatrzymania wadium stanowiła czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia, związaną bezpośrednio z czynnością odrzucenia oferty Odwołującego i stanowiącą jej konsekwencję. W związku z powyższym – zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp2004 było bezzasadne.

W wyroku z dnia 20 stycznia 2021 r., KIO 3300/20 uznano natomiast, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp2004

powinno mieć miejsce wyjątkowo, w ściśle określonych okolicznościach, po sprawdzeniu przyczyn zaistniałej sytuacji oraz po ocenie intencji wykonawcy. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej należy mieć na względzie przede wszystkim cel, w jakim ww. przepis został do ustawy wprowadzony, czyli zapobieganie znikomom wykonawców, co podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z 10 maja 2013 r., I CSK 422/12 stwierdzając, że badając zasadność zatrzymania wadium, sąd nie może tracić z pola widzenia celu tej sankcji i zawinienia oferenta. Nieuzupełnienie na czas dokumentacji nie oznacza od razu utraty wadium.

W wyroku z dnia 9 lutego 2021 r., KIO 181/21 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że przepis art. 46 ust. 4a Pzp2004 został wprowadzony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw i wszedł w życie w dniu 28 lipca 2016 r. Natomiast poprzednio obowiązująca jego treść została wprowadzona w życie w dniu 24 października 2008 r., na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych i innych ustaw. W wersji obowiązującej od dnia 28 lipca 2016 r., ustawodawca rozszerzył liczbę przypadków, w których wadium podlega zatrzymaniu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej niezależnie od tego, która wersja ww. przepisu ma zastosowanie w danej sprawie, należy mieć na uwadze, że ustawodawca wprowadził ten przepis w celu przeciwdziałania znikomom wykonawców, którzy mogli celowo nie uzupełniać określonych dokumentów na wezwanie zamawiającego, po to by umożliwić uzyskanie zamówienia przez wykonawcę będącego z nimi w porozumieniu i oferującego najwyższą cenę za wykonanie zamówienia.

Orzecznictwo sądów apelacyjnych

W wyroku z dnia 20 maja 2010 r., I ACa 357/10, Sąd Apelacyjny w Poznaniu stwierdził, że z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp2004 mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy

wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw). W ocenie Sądu z uwagi na restrykcyjny charakter art. 46 ust. 4a Pzp2004, przepis ten powinien być interpretowany w sposób ścisły. Innymi słowy zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego w ogóle nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo iż może on nie potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie cytowanego przepisu.

W wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r., VI ACa 1053/12 Sąd Apelacyjny w Warszawie zwrócił uwagę, że przepis art. 46 ust. 4a Pzp2004 nastrocza trudności interpretacyjne, czego dowodem są rozbieżne stanowiska zarówno doktryny jak i orzecznictwa. Sąd zwrócił uwagę, że piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, że tylko fizyczne złożenie dokumentu na wezwanie daje prawo do zatrzymania wadium – przepis art. 46 ust. 4a Pzp2004 dotyczy sytuacji, gdy dokument (oświadczenie, pełnomocnictwo) w ogóle nie został złożony, natomiast nie może mieć zastosowania, gdy został złożony, ale nie potwierdza spełnienia warunków ustalonych przez zamawiającego. Taki wniosek wypływa z wykładni językowej art. 46 ust. 4a Pzp2004.

W wyroku z dnia 4 kwietnia 2017 r., VI ACa 1977/15 Sąd Apelacyjny w Warszawie, powołując się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 7 listopada 2013 r., V CSK 531/12, uznał, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinonego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaofertuje najwyższą cenę.

W wyroku z dnia 18 czerwca 2014 r., I ACa 275/14, Sąd Apelacyjny w Białymstoku uznał, że poprzestanie tylko na literalnym brzmieniu przepisu art. 46 ust. 4a Pzp2004, prowadzi do pominięcia jego celu, polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego „nie sposób zatem przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który – działając w dobrej wierze – doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu.” Sąd przychylił się do stanowiska, że za nieuzupełnienie dokumentu obciążające wykonawcę powinno się uznawać dopiero działanie fraudem lege, czyli celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach przepis art. 46 ust. 4a Pzp2004 „należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej. Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa dokumentu lub oświadczenia, to jest w razie ich fizycznego braku. Przepis ten nie ma natomiast zastosowania, jeżeli wykonawca złoży dokument lub oświadczenie, w tym takie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym. Zatrzymanie wadium może nastąpić jedynie wówczas, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń było zawinione przez wykonawcę, przy czym konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niezastosowaniu się do wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Inaczej mówiąc, zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp2004 może być uzasadnione tylko wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, nie złożył, ze swej winy, żadnych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004. Przepis art. 46 ust. 4a Pzp2004 ma bowiem przeciwdziałać ryzyku zmywu wykonawców, zaś o istnieniu takiego ryzyka można

byłoby mówić w razie całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia. Odmienną wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych (*exceptiones non sunt exteñtendae*) o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a Pzp2004 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, LEX nr 951295, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12, LEX nr 1318297; wyrok Sądu Najwyższego z 10 maja 2013 r., I CSK 422/12, LEX nr 1331255).” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2017 r., V ACa 430/16).

W wyroku z dnia 11 maja 2017 r. I ACa 162/17, Sąd Apelacyjny w Białymstoku zwrócił uwagę, że problem zatrzymania wadium z uwagi na nieuzupełnienie bądź nieprawidłowe uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywołał w doktrynie i orzecznictwie liczne rozbieżności. Sąd nie zgodził się ze stanowiskiem, że art. 46 ust. 4a Pzp2004 ustanawia jako regułę prawo zatrzymania wadium, a wyjątkiem do tej reguły będą sytuacje, w których niezłożenie żądanych dokumentów lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie – regułą wyrażoną wprost w art. 46 ust. 1 Pzp2004 jest zwrot wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś art. 46 ust. 4a Pzp2004 przewiduje wyjątek uprawniający do zatrzymania wadium. W ocenie Sądu odpowiedzialność określona w art. 46 ust. 4a Pzp2004

opiera się na zasadzie winy wykonawcy – obowiązek zatrzymania wadium powstaje więc tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają badaniu przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu.

W wyroku Wyrok z dnia 30 stycznia 2019 r., VI ACa 923/17 Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że „pozwany miał prawo zatrzymać uzyskane od powódki wadium. Jednocześnie ocenić trzeba, że działanie Skarbu Państwa – (...) nie może uchodzić za nadużycie prawa podmiotowego z przyczyn, na które powołał się sąd okręgowy. Ustawodawca liczy się z tym, że zamawiający – zatrzymując wadium – uzyska korzyść majątkową kosztem wykonawcy i będzie mógł zatrzymać wadium nawet wtedy, gdy nie poniósł żadnej szkody. Nie można zatem stosować art. 5 k.c. wyłącznie w oparciu o te podstawy, bo byłoby to jednoznaczne z uznaniem, że to przepis ustawy jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego. Jednocześnie sąd apelacyjny nie dostrzegł żadnych innych momentów, które pozwoliłyby na negatywną ocenę zachowania pozwanego i na uznanie, że nie powinno ono korzystać z ochrony, pomijając już fakt, że do przypadku wadium doszło z mocy samego prawa. Na żadną z takich okoliczności powodowa spółka się zresztą nie powołuje. Co więcej, cała sytuacja jest wynikiem wyjątkowej niefrasobliwości powódki. Przypomnieć trzeba, że powódka nie tylko nie zareagowała na wezwanie do usunięcia braków oferty, ale nie uzupełniła ich nawet po terminie – nie dając dowodu tego, że w ogóle spełniała warunki udziału w przetargu. W żadnym stopniu wina co do tego, że wezwanie pozwanego nie zostało zrealizowane, nie może obciążać strony biernej. To powódka nie zadbała o to, by wskazać pozwanemu skuteczne kanały komunikacyjne.” Sąd zwrócił również uwagę, że „Wadium nie przepada, jeżeli wykonawca udowodni, że choć nie złożył dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, albo

złożył je po terminie, to wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Powódka nie wykazała takich okoliczności, a to na niej – jak wynika z art. 46 ust. 4a Pzp2004 in fine – spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu.” W ocenie Sądu „Całkowita bierność uczestnika przetargu jest kwalifikowana jako podstawa przypadku wadium nawet w tych judykatach, w których zajęto stanowisko zbliżone do stanowiska sądu okręgowego (zob. uzasadnienia wyroków: Sądu Najwyższego z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12 i Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 stycznia 2014 r., I ACa 1356/13).”

W wyroku z dnia 6 marca 2019 r., I ACa 257/18 Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał natomiast, że przepis art. 46 ust. 4a Pzp2004 „kreuje nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium w wypadku ziszczenia się przesłanek w nim wymienionych, o czym świadczy użycie w nim trybu oznajmującego „zatrzymuje wadium”. Chodzi tu nie tylko o zachowanie dyscypliny finansowej zamawiającego. Mieć też należy na względzie, że zamawiający, organizując postępowanie w trybie Prawa zamówień publicznych, ponosi określone koszty organizacyjne, a nadto liczy na zawarcie najkorzystniejszej dla niego umowy. Instytucja zatrzymania wadium stanowi rodzaj zabezpieczenia na wypadek niemożności zrealizowania tego celu. Ma także – jak słusznie zauważył zamawiający – charakter prewencyjny, chroniący przed możliwością zmyślenia przetargowej, czego nie należy utożsamiać ze stwierdzeniem, że taka zмова miała miejsce. Zatem dla zatrzymania wadium nie jest wymagane wykazanie przez zamawiającego jej istnienia, a jednocześnie deklarowana dobra wola wykonawcy nie jest wystarczającą przesłanką dla zwrotu wadium, jeśli ziszczyły się wymienione w art. 46 ust. 4a Pzp2004 podstawy jego zatrzymania, podobnie jak nie jest przesłanką zwrotu wadium sam brak reakcji zamawiającego na pisma oferenta po odrzuceniu oferty. Straty ekonomiczne powódki są oczywiste wobec zatrzymania wadium, ale taka sytuacja jest zawsze konsekwencją zastosowania tej instytucji przez zamawiającego.” W oce-

nie Sądu istotna była okoliczność, że „powódka, poczynawszy od zapoznania się z ogłoszeniem o zamówieniu, a następnie z SIWZ, znała wymagania zamawiającego co do dokumentów niezbędnych dla oceny oferty, w tym konieczność przedstawienia pisemnych zobowiązań osób lub podmiotów oddających do jej dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby wykonania zamówienia (bo wynikało to wprost z SIWZ), miała też świadomość konsekwencji braku współpracy z zamawiającym, w tym w zakresie zatrzymania wadium. Jeśli zatem przystąpiła do postępowania, jej powinnością było w pierwszej kolejności złożenie kompletnej oferty, a w tym wypadku następnie udowodnienie, że nie zachowała wyznaczonego terminu do uzupełnienia dokumentów z przyczyn nieleżących po jej stronie. Sąd zgodził się ze skarżącą, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, uzasadnia zatrzymanie wadium, ponieważ należy zbadać wpływ tego uchybienia na przebieg postępowania. W ocenie Sądu w tym przypadku był on jednak kluczowy, ponieważ pozbawił zamawiającego możliwości wyboru oferty korzystniejszej niż finalnie wybrana.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego

W wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10 Sąd Najwyższy uznał, że wykładnia przepisu art. 46 ust. 4a Pzp2004 umożliwiającego zatrzymanie wadium powinna uwzględniać cel, dla którego został on wprowadzony do systemu prawnego, tj. zapobieganie zmomom wykonawców. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przyśporzenia. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyrokach: z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, 10 maja 2013 r. I CSK 422/12.

W wyroku z dnia 7 listopada 2012 r., IV CSK 121/12 Sąd Najwyższy orzekł, że w świetle art. 46 ust. 4a Pzp2004 przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Do innego rozumienia wynikającej z tego przepisu normy nie prowadzi również jej sankcyjny charakter, a także cel, którym kierował się ustawodawca wprowadzając tę regulację.

W wyroku z dnia 7 listopada 2013 r., V CSK 531/12, Sąd Najwyższy uznał natomiast, że sankcja zatrzymania wadium nie może być stosowana, gdy wykonawca przedłoży dokument niepełniający całkowicie wszystkich wymogów określonych w wezwaniu zamawiającego, jeżeli jest to jednak usprawiedliwione obiektywnymi okolicznościami i nie ma zarazem wpływu na przebieg postępowania przetargowego.

W uchwale z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17 (uchwała dotyczyła zatrzymania wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w 2013 r.) Sąd Najwyższy zwracając uwagę, iż na gruncie art. 46 ust. 4a Pzp2004, wykształciły się dwa stanowiska, opowiedział się za stanowiskiem iż wykładnia uwzględniająca pełny kontekst normatywny i treściowy analizowanego przepisu przemawia za przyjęciem, że przez niezłożenie dokumentów lub oświadczeń należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

W postanowieniu z dnia 1 marca 2018 r., I CSK 657/17 Sąd Najwyższy odnosząc się do wątpliwości interpretacyjnych przy wykładni art. 26 ust. 3 oraz art. 46 ust. 4a Pzp2004 zwrócił uwagę, że przedstawione w skardze zagadnienie prawne było już przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego, zgodnie z którymi jeżeli dokumentacja złożona przez wykonawcę wskazuje, że nie spełnia ona warunków ustalonych przez zamawiającego w sposób nieusuwalny, to wówczas nie ma podstaw do wszczęcia procedury naprawczej na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004, a wykonawca powinien zostać wykluczony od udziału w przetargu bez podejmowania próby usunięcia braków oferty. W konsekwencji – w ocenie Sądu – sankcja przewidziana w art. 46 ust. 4a Pzp2004 nie dotyczy tych wypadków, gdy wykonawca złoży kompletną ofertę, mimo że faktycznie nie spełniał warunków udziału w postępowaniu przetargowym (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12).

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego

Do zagadnienia zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp2004 odniósł się również Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 9 maja 2012 r., P 47/11. Trybunał zwrócił uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że art. 46 ust. 4a Pzp2004 ma charakter restrykcyjny i wyjątkowy, ze względu na zawartą w nim dolegliwą sankcję finansową dla wykonawcy. Przesądza to o tym, że musi on być interpretowany w sposób ścisły, co nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłanek zatrzymania wadium. Krajowa Izba Odwoławcza stoi przy tym konsekwentnie na stanowisku, że z wykluczenia wykonawcy nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium (por. wyrok z dnia 20 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1444/11).

Trybunał zwrócił uwagę, że zgodnie z najbardziej rygorystycznym poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zasto-

sowanie wykładni literalnej wskazuje, że przesłankę zatrzymania wadium stanowi wyłącznie niezłożenie wymaganych dokumentów, rozumiane jako bierność wykonawcy, który nie reaguje na wezwanie zamawiającego. Trybunał zwrócił także uwagę na wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że złożenie – na żądanie zamawiającego – dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy nie wyczerpuje ustawowej przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp2004. Jeżeli odwołujący składa dokumenty na wezwanie zamawiającego, które w jego ocenie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to zatrzymanie wadium przez zamawiającego nie odpowiada przepisom Pzp2004. Przepis ten mógłby mieć ewentualnie zastosowanie, gdyby wykonawca, ewidentnie w celu omięcia negatywnego dla niego skutku określonego w art. 46 ust. 4a Pzp2004, przedłożył jakiś dokument zamawiającemu jedynie dla pozorów (por. wyrok z dnia 11 sierpnia 2011 r., KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 1619/11, KIO 1630/11). Pogląd ten zaakceptowały również niektóre sądy apelacyjne (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29 lipca 2010 r., V ACA 161/10 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., I ACA 357/10) oraz Sąd Najwyższy (por. wyrok SN z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10).

Trybunał zwrócił również uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zarysowuje się inne stanowisko, uznające zatrzymanie wadium za uzasadnione również w sytuacji złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów nieprawidłowych.

Zgodnie z tym poglądem ograniczenie stosowania art. 46 ust. 4a Pzp2004, wyłącznie do sytuacji fizycznego niezłożenia dokumentów byłoby niezgodnie z intencjami ustawodawcy i regułami wykładni celowościowej, gdyż nie zapobiegałoby możliwości niedozwolonych porozumień przetargowych pomiędzy wykonawcami. Dyspozycją tego przepisu może być zatem objęta

również sytuacja, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego nie wynika potwierdzenie spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

W ocenie Trybunału, z punktu widzenia potrzeby ochrony konstytucyjnych praw i wolności, w szczególności – wolności działalności gospodarczej – dokonując wykładni art. 46 ust. 4a Pzp2004, nie można tracić z pola widzenia celu tego przepisu, polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego.

Niedopuszczalna jest również taka interpretacja, która z instytucji zatrzymania wadium czyniłaby źródło dodatkowych dochodów zamawiających. Konsekwencją nieprawidłowego i pochopnego zastosowania tego przepisu nie może bowiem być doprowadzenie do powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawcy w sytuacji, gdy dołożyli oni należytej staranności w uzyskaniu określonych dokumentów, złożyli je i mimo to dokumenty te nie potwierdzają spełnienia postawionego przez zamawiającego wymogu.

Trybunał zwrócił uwagę, iż wszyscy uczestnicy postępowania zwracają uwagę, że celem wprowadzenia art. 46 ust. 4a Pzp2004 na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) było przeciwdziałanie znikom wykonawców, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich niezuzupełnieniu bądź uzupełnieniu tylko przez tego wykonawcę, który – w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów – przedstawił nie najniższą cenę, ale zazwyczaj najwyższą. Pozostali uczestnicy zмовы mogliby wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zob. druk sejmowy VI kadencji nr 471).

Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy

KONSEKWENCJĄ DOPUSZCZENIA MOŻLIWOŚCI POWIERZENIA WYKONANIA CAŁOŚCI ZAMÓWIENIA PODWYKONAWCY BYŁOBY FUNKCJONOWANIE NA RYNKU PODMIOTÓW, KTÓRYCH ROLĄ BYŁOBY WYŁĄCZNIE WYGRYWANIA PRZETARGÓW (TAKŻE ZA POMOCĄ POTENCJAŁU PODMIOTÓW TRZECICH), NIE ZAŚ REALIZACJA ZAKONTRAKTOWANYCH Z ZAMAWIAJĄCYMI ZAMÓWIEŃ



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w zamówieniach publicznych.

Na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przepis ten odpowiada przepisowi art. 36a ust. 1 Pzp2004 („Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”). Część zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, wykonawca wskazuje wyłącznie zakresem rzeczowym robót do wykonania.

Na podstawie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może natomiast żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Zgodnie natomiast z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–13 ustawy Pzp, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

Z wykładni literalnej art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Na podstawie art. 121 ustawy Pzp z zamawiający może natomiast zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją,

w ramach zamówienia na dostawy. Analogicznie przepis art. 60 ustawy Pzp w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Sformułowanie „może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi” oznacza określenie pewnego zakresu robót budowlanych usług, które ze względu na specyfikę mają zasadniczy (decydujący) wpływ na wykonanie całości robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot zamówienia i będą wymagać wykonania przez wykonawcę, który chociażby posiada doświadczenie (zdolność zawodową) w tym zakresie.

Konsekwencją dopuszczenia możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywania przetargów (także za pomocą potencjału podmiotów trzecich), nie zaś realizacja zakontraktowanych z zamawiającymi zamówień.

Do powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się w uchwale z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej prawidłowa wykładnia art. 36a ust. 1 i 2 Pzp2004 powinna być następująca. Przepis art. 36a ust. 2 Pzp2004 pozwala zamawiającemu na ograniczenie podwykonawstwa wyłącznie poprzez rodzajowe wskazanie prac, które muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę i są kluczowymi elementami danego zamówienia. To uprawnienie polega na tym, że ustawodawca przyznał zamawiającym prawo do określenia, że w całym zamówieniu są takie części (mające charakter kluczowych), które nie mogą być w danym postępowaniu podzlecane podwykonawcom. Jednakże uprawnienie to nie zmienia treści art. 36a ust. 1 Pzp2004, bowiem ani zamawiający ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu możliwe będzie

podzlecenie całości zadania do wykonania. Zatem, zamawiający w ramach uprawnienia wynikającego z art. 36a ust. 2 Pzp2004 może jedynie dokonać wyboru konkretnych elementów (części zamówienia), co do których nie będzie działał art. 36a ust. 1 Pzp2004. Jeśli zamawiający nie określił zakazu rodzajowego dla części robót, co do których obowiązuje zakaz podzlecenia, to oznacza to, że jedynie powtórzył zasadę zakazu podzlecenia całości zamówienia określoną w art. 36a ust. 1 Pzp2004. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że odmienna interpretacja art. 36a Pzp2004 jest nieuprawniona i wykraczająca poza reguły wykładni tego przepisu. Analogicznie w przypadku art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. Tożsame stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 11 czerwca 2014 r., KIO 1075/14, w którym wskazano, że: „Odnosząc się do dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa przy realizacji zamówienia publicznego Izba powzięła wątpliwość, co do możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia w całości. Należy mieć bowiem na względzie, że zarówno przepis art. 36a ust. 1 Pzp2004, jak i definicja umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b Pzp2004) odnoszą się explicite do realizacji części zamówienia. (...) Krajowa Izba Odwoławcza dostrzega wprawdzie, że taka interpretacja art. 36a ust. 1 Pzp rodzi trudności w ustaleniu znaczenia użytego w nim pojęcia „części zamówienia” (de lege lata nie jest wiadome, czy należy odnosić je tylko do sytuacji, w których – zgodnie z przepisem art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp2004 – przedmiot zamówienia podzielony został na części, czy też do wszystkich udzielanych przez zamawiających zamówień, a jeśli tak, to czy i w jaki sposób określać minimalny poziom partycypacji wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w realizacji zamówienia publicznego), co nie zmienia faktu, że w jego świetle faktyczne scedowanie realizacji całości zamówienia na podmiot trzeci wydaje się niedopuszczalne. Przeciwnie zapatrywanie prowadziłoby bowiem do obejścia wyrażonej w art. 7 ust. 3 Pzp2004 za-

sady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami. (...). Reasumując stwierdzić należy, że z przepisu art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b Pzp2004 wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy. Teza ta wpisuje się również w przepis art. 7 ust. 3 Pzp2004, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy. Z kolei przepis art. 36a ust. 2 Pzp2004 daje zamawiającemu uprawnienie do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia przez wykonawcę, jednakże brak takiego zastrzeżenia, w ocenie Izby, nie powoduje, że możliwe jest wtenczas wykonanie całości zamówienia przez podwykonawcę, bowiem to sprzeciwiałby się treści przepisu art. 36a ust. 1 Pzp2004."

Niedopuszczalność powierzenia całości zamówienia podwykonawcy potwierdza także najnowsze orzecznictwo. W wyroku z dnia 27 lutego 2020 r., KIO 299/20 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „nie ma, w świetle postanowień ustawy Pzp, możliwości wyłączenia podwykonawstwa, tj. dokonania takiego zastrzeżenia w SIWZ, że zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia czy też ograniczania w sposób nieuzasadniony zakresu udziału podwykonawców w realizacji części zamówienia (tak m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z 9 listopada 2016 r., III SA/Wr 921/16). Niedopuszczalne jest również postanowienie, na mocy którego, zamawiający zastrzegłby cały zakres zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, na skutek czego wykluczyłby udział podwykonawców w realizacji zamówienia (tak m.in. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 21 marca 2017 r., III SA/Lu 826/16). Takie postanowienia byłyby sprzeczne zasadami określonymi w ustawie, której przepisy mają na celu umożliwienie w jak najszerszym zakresie ubiegania się o zamówie-

nia publiczne wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorców.

W wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2971/20 i KIO 2976/20 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że analiza art. 36a i art. 2 pkt 9b ustawy Pzp2004 „prowadzi do wniosku, że zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Powyższą wykładnię potwierdza literalne brzmienie art. 36a ust. 1 Pzp2004, w którym dopuszczona została możliwość powierzenia jedynie części zamówienia podwykonawcy. Powyższej interpretacji nie przeczą dalsze przepisy ustawy Pzp, w tym ust. 2 art. 36a Pzp2004. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepis ten uprawnia jedynie zamawiającego do określenia takich części zamówienia, które muszą zostać wykonane przez wykonawcę z uwagi na ich kluczowy charakter lub rodzaj prac w ramach zamówienia na dostawy. Nie oznacza to jednak, że brak takiego zastrzeżenia w postanowieniach specyfikacji, skutkuje dopuszczalnością powierzenia całości zamówienia podwykonawcom.

W wyroku z dnia 5 maja 2021 r., XXIII Zs 11/21 wydanego wskutek skargi wniesionej na wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2971/20, KIO 2976, Sąd Okręgowy w Warszawie zwrócił uwagę, że ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 Pzp2004 oraz art. 462 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W ocenie Sądu wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe.

Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych.

Co decyduje o zamierzonym działaniu i wprowadzeniu w błąd zamawiającego?

OD PRZEDSIĘBIORCY WYMAGANA JEST SZCZEGÓLNA STARANNOŚĆ WYRAŻAJĄCA SIĘ WIĘKSZĄ ZAPOBIEGLIWOŚCIĄ, RZETELNOŚCIĄ, DOKŁADNOŚCIĄ W DZIAŁANIU. ZA TAKIEGO PROFESJONALISTĘ NALEŻY RÓWNIEŻ UZNAĆ, CO DO ZASADY, WYKONAWCĘ UBIEGAJĄCEGO SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO



MIKOŁAJ KOŁECKI

Adwokat. Były członek Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej. Współautor publikacji z dziedziny prawa zamówień publicznych. Specjalizuje się w problematyce umów o roboty budowlane.

Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane

przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nie-

prawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia.

Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 5 grudnia 2014 r., XII Ga 659/14, zwrócił uwagę, że „Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy.”

Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (tak w wyroku z dnia 22 sierpnia 2017 r., KIO 1638/17).

O rażącym stopniu niedbalstwa decyduje różnica pomiędzy sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W wyroku z dnia 26 stycznia 2017 r., KIO 98/17, zwrócono uwagę, że „Wykonawca z łatwością

może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 Pzp2004 do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.”

Na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przesłanką skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest fakt zatajenia informacji, które służą stwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wskazana przesłanka zaktualizuje się w szczególności w okolicznościach, w których wykonawca nie podaje informacji istotnych z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub też inaczej, ich podanie skutkowałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania, dlatego też wykonawca zdecydował się na ich zatajenie (zob. wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r., KIO 644/17).

W wyroku z dnia 19 czerwca 2017 r., KIO 1058/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „świadome posłużenie się wykazem usług, w którym wskazane usługi referencyjne, nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, miało charakter celowy, a przystępujący świadomie dążył do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nie ma też wątpliwości, że działanie takie miało wpływ na wynik postępowania. Brak dysponowania odpowiednim doświadczeniem spowodowałoby, iż przystępujący nie spełniałby warunków udziału

w postępowaniu. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, przystępujący nie może zasłaniać się faktem, że nie miał świadomości, co do niespełnienia przez wskazane przez niego zadania wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem zadania te przystępujący realizował osobiście.”

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r., w sprawie C-387/14, w którym Trybunał odpowiadając na pytanie prejudycjalne „Czy art. 45 ust 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Czy za „winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji” można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy również wykonawcę, który co prawda przedstawił informacje prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?” udzielił odpowiedzi, iż „artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis

ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.”

Orzeczenie Trybunału znajduje zastosowanie także na gruncie ustawy Pzp.

Nieprawdziwych informacji nie można domniemywać. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości.

W wyroku z dnia 23 października 2012 r., KIO 2196/12, zwrócono uwagę, że „Określenie winy pozostawia się decyzji instytucji zamawiającej, która musi poinformować wykonawcę składającego ofertę o powodach jego wykluczenia. Decyzja ta może zostać zakwestionowana w przypadku, gdyby na przesłankę tę powołano się w sposób arbitralny. Czyli zarówno przepisy kodeksu cywilnego jak i dyrektywy klasycznej w przypadku wykluczenia z powodu „nieprawdziwych informacji” kierują zamawiającego do po pierwsze zbadania należytej staranności profesjonalisty, po drugie zbadania, czy wykonawca działał w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie co do wystąpienia winy we wprowadzeniu w błąd. Wszystkie powyżej cytowane przepisy wskazują na możliwość czy to wzruszenia wyniku przetargu, czy to wykluczenia z postępowania w przypadku braku należytej staranności, naruszenia dobrych obyczajów, czy to winy. Natomiast żaden z tych przepisów nie wskazuje na możliwość automatyzmu czynności zamawiającego, organizatora przetargu czy instytucji zamawiającej w przypadku „nieprawdziwej informacji”. Trudno z tych przepisów wywieść odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka niczym nie ograniczonego bez badania aktu staranności po stronie wykonawcy oraz wystąpienia winy”.

Czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach

W PRZYPADKU DOKONYWANIA ZMIANY TREŚCI OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU, ZAMAWIAJĄCY PRZEDŁUŻA TERMIN SKŁADANIA WNIOSKÓW O DOPUSZCZENIE DO UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ALBO TERMIN SKŁADANIA OFERT O CZAS NIEZBĘDNY DO WPROWADZENIA ZMIAN WE WNIOSKACH ALBO OFERTACH, JEŻELI JEST TO KONIECZNE



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w zamówieniach publicznych.

Zamawiający może zmienić ogłoszenie, zamieszczając w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia (art. 271 ust. 1 ustawy Pzp).

W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, jeżeli jest to konieczne (art. 271 ust. 2 ustawy Pzp).

Jeżeli zmiana, o której mowa w art. 271 ust. 2 ustawy Pzp, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków

udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach (art. 271 ust. 3 ustawy Pzp).

Przepis art. 271 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia.

Przepis art. 271 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy zmian nieistotnych treści ogłoszenia o zamówieniu, a więc zmian, które nie dotyczą w szczególności

określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. W przypadku zmian nieistotnych treści ogłoszenia o zamówieniu ustawodawca wymaga, aby zamawiający przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, jeżeli jest to konieczne (art. 271 ust. 2 ustawy Pzp). Z przepisu art. 271 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że przedłużenie terminu składania ofert jest uwarunkowane koniecznością zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach. Ocenę takiej konieczności ustawodawca pozostawia zamawiającemu. O tym, czy termin złożenia oferty zostanie przedłużony decyduje zamawiający. Decyzja zamawiającego w tym zakresie musi być poprzedzona rzetelną analizą dokonanej zmiany.

Jeżeli zamawiający uzna, że zmiana wprowadzona nie dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, jednak jest zmianą ważną, która może mieć wpływ na podjęcie przez wykonawców decyzji o złożeniu lub zmianie oferty, konieczne będzie przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach.

Dokonując oceny, czy w sprawie doszło do naruszenia art. 271 ust. 2 ustawy Pzp nie można abstrahować od okoliczności konkretnego przypadku oraz wpływu modyfikacji SWZ na przygotowanie ofert przez zainteresowanego wykonawcę. Obowiązek zamawiającego do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach jest skorelowany z obiektywną koniecznością zapewnienia wykonawcom możliwości przygotowania oferty.

Przepis art. 271 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do zmian istotnych treści ogłoszenia o zamówieniu i ma szczególne znaczenie, ponieważ nakłada na zamawiającego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach,

jeżeli zmiany treści ogłoszenia są istotne, w szczególności dotyczące kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania.

Celem art. 271 ust. 3 ustawy Pzp jest zagwarantowanie wykonawcom czasu niezbędnego dla przygotowanie lub wprowadzenia zmian w ofertach, w przypadku dokonania przez zamawiającego istotnych zmian w ogłoszeniu o zamówieniu, które są najczęściej konsekwencją zmiany treści SWZ. Na podstawie art. 286 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku, gdy zmiana treści SWZ jest istotna dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający również przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

Istotne zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczą fundamentalnych instytucji prawa zamówień publicznych (określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania), które mają wpływ na podjęcie decyzji o ubieganiu się o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji o złożeniu oferty lub wycofaniu oferty.

Czas niezbędny to czas, który powinien umożliwić wykonawcom, którzy jeszcze nie zdecydowali się na złożenie oferty, aby po powzięciu informacji o zmianach w określeniu przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriach oceny ofert, warunkach udziału w postępowaniu lub sposobie oceny ich spełniania, a także innych zmianach istotnych, mogli przygotować i złożyć ofertę, a wykonawcom, którzy złożyli ofertę, przed upływem terminu składania ofert wprowadzić zmiany w złożonych ofertach.

W wyroku z dnia 19 lipca 2016 r., IV SA/GI 989/15 (LEX nr 2098954) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach zgadzając się z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2011 r., KIO/KU 109/11 uznał, że do zmian istotnych ogłoszenia, powodujących konieczność stosownego

wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy zmiana sposobu opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, czy polega na „zastrzeniu” czy też „złagodzeniu” wymagań formułowanych pod adresem wykonawców. Zdaniem Sądu nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający, po zakwalifikowaniu odpowiadającego mu grona wykonawców, na tyle zastrzyłby warunki udziału w systemie za pomocą zmiany ogłoszenia, iż żaden z innych, potencjalnych wykonawców nie byłby w stanie ich spełnić. Sąd uznał, że nawet z pozoru drobna modyfikacja w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, choćby polegała na zmianie jednego słowa lub doprecyzowaniu określeń użytych w treści wymogów postawionych wykonawcom, jest z definicji zmianą istotną i rodzi obowiązek zachowania terminu określonego w art. 12a ust. 2 Pzp2004 (aktualnie art. 271 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku trybu podstawowego).

Do potraktowania zmiany ogłoszenia jako istotnej wystarczające jest, że dokonana modyfikacja w sposób choćby pośredni ma związek z postawionymi warunkami np. doprecyzowuje ona sposób oceny spełnienia warunku.

W wyroku z dnia 8 listopada 2018 r., I SA/Ke 344/18 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach (LEX nr 2591311) uznał natomiast, że zmiana warunków udziału w postępowaniu polegająca na złagodzeniu warunków udziału w postępowaniu była zmianą istotną, warunkującą decyzję o przystąpieniu przez wykonawców do postępowania przetargowego. W ocenie Sądu możliwość poszerzenia grona podmiotów przystępujących do przetargu czyni koniecznym zapewnienie tym podmiotom czasu na sporządzenie wniosków czy też ofert w nowych warunkach określonych przez zamawiającego, które już nie mają dla tych podmiotów charakteru wykluczającego ze zbioru potencjalnych wykonawców spełniających wymogi. Sąd uznał również, że w sytuacji,

w której nie można wykluczyć, iż „potencjalny wykonawca, który zapoznał się z warunkami zamówienia, zrezygnował z ubiegania się o udzielenie zamówienia, gdyż nie mógł ich wypełnić ze względów obiektywnych, natomiast w przypadku późniejszego złagodzenia warunków, ale nie zagwarantowania właściwego czasu na sporządzenie oferty, nie mógł wziąć udziału w postępowaniu, wypełnia omówioną wyżej definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Nie można wykluczyć, że oferta takiego wykonawcy mogła być najkorzystniejsza.

Złagodzenie warunków udziału w postępowaniu, bez zagwarantowania właściwego czasu na sporządzenie ofert wykonawcom spełniającym warunki złagodzone, a nie spełniającym warunków pierwotnych, stanowi działanie, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równość szans na rynku ofert (...).” Oznacza to zatem wpływ na wynik postępowania.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy wyrok I SA/Ke 344/18 w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków: „Wykonawcy wykażą, że zrealizowali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu do składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 2 roboty drogowe tj. budowa dróg lub remont dróg z układaniem nawierzchni z kostki kamiennej o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł każda”, a następnie zmienił opis tych warunków na „Wykonawcy wykażą, że zrealizowali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu do składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 2 roboty drogowe tj. budowa dróg lub remont dróg z układaniem nawierzchni z kostki kamiennej o wartości nie mniejszej niż 700 000 zł każda.”

Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny

NA WYKONAWCY SPOCZYWA OBOWIĄZEK WYKAZANIA, JAKIE OBIEKTYWNE CZYNNIKI POZWOLIŁY MU NA OBNIŻENIE CENY OFERTY ORAZ W JAKIM STOPNIU DZIĘKI NIM ZOSTAŁA OBNIŻONA



MACIEJ SOBIERAJ

Adwokat specjalizujący się w prawie zamówień publicznych.

Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyli-

czenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp).

Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. W wyroku z 28 kwietnia 2008 r., XIX Ga 128/08 Sąd Okręgowy w Katowicach uznał, że punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealni-

styczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (zob. wyrok z dnia 28 marca 2013 r., KIO 592/13).

W wezwaniu zamawiający powinien wskazać elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów, w sytuacji, gdy w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jeżeli zamawiający w wezwaniu nie wskaże, o jakie konkretnie elementy ceny chodzi, wykonawca ma prawo udzielić wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i które sam uważa za istotne. W takim przypadku zarzut, iż wykonawca nie udzielił wyjaśnień, będzie nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, co najmniej zgodnie z przepisami:

1) dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz

2) z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

Zamawiający powinien wyznaczyć do złożenia wyjaśnień i dowodów, który obiektywnie umożliwi wykonawcy wykonanie obowiązku zgodnie z żądaniem zamawiającego. Termin ten powinien być rozsądny i realny, czyli taki, aby w toku normalnych czynności wykonawca mógł przygotować wyjaśnienia, a następnie przekazać je we właściwej formie, treści i terminie do zamawiającego (zob. uchwałę z dnia 18 maja 2017 r., KIO/KD 18/17).

Celem złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zob. wyrok z dnia 22 lutego 2021 r., KIO 310/21).

Niezłożenie dowodów na potwierdzenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny nie skutkuje odrzuceniem oferty jedynie w sytuacji, gdy z ich treści można wyczytać takie informacje, które tłumaczą sposób wyliczenia zaoferowanej ceny (zob. wyrok z dnia 2 kwietnia 2015 r., KIO 547/15).

Ocena zaofertowanej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania wykonawcy, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaofertować znacznie tańszą usługę od konkurencji (zob. wyrok z dnia 14 grudnia 2018 r., KIO 2440/18).

Na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (wyrok z dnia 2 lutego 2016 r., KIO 66/16). Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty, powinny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia z zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wyjaśnienia wykonawcy powinny odnosić się do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaofertowanej ceny. Wykonawca może w wyjaśnieniach podać również inne, niż żądał zamawiający, obiektywne czynniki oraz złożyć inne, niż żądał zamawiający, dowody mające wpływ na zaofertowaną cenę. Dowodem na zaofertowanie ceny rażąco niskiej przez wykonawcę nie może być również porównanie tej ceny z cenami zaproponowanymi przez tego wykonawcę w innych postępowaniach (zob. wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., KIO 3490/20 i KIO 3497/20).

W wyroku z dnia 18 grudnia 2020 r., KIO 3098/20 zwrócono uwagę, że „Dokonując oceny treści wyjaśnień wykonawcy pod kątem ich kompletności nie bez znaczenia pozostaje treść wezwania wystosowanego do niego przez zamawiającego (...), treść wyjaśnień musi bowiem korespondować z treścią wezwania, także pod względem szczegółowości. Wyjaśnienia powinny obejmować wszystkie objęte treścią wezwania zagadnienia i pozwalać zamawiającemu na dokonanie pełnej i pozytywnej weryfikacji czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska i została skalkulowana z uwzględnieniem wszelkich nie-

zbędnych założeń.” Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że „efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. (...) To wyłącznie na podstawie treści wyjaśnień, a nie własnej wiedzy, zamawiający dokonuje oceny czy oferta podlega odrzuceniu, dlatego też tak ważne jest, aby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie były ogólne, a także by zostały one poparte dowodami.”

Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaofertowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie czynników wpływających na to, że mógł on zaofertować tak niską cenę. Dodatkowo, wskazane w wyjaśnieniach informacje, muszą być poparte dowodami (zob. wyrok z dnia 28 grudnia 2020 r., KIO 3126/20).

Odrzucenie oferty, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jednoznacznie nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę z rażąco niską ceną lub kosztem, a także ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażą-

co niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia wraz z dowodami ogólnikowe, jest taka sama. W obu przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (zob. wyrok z dnia 19 maja 2016 r., KIO 722/16).

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp obejmuje również sytuację określoną w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia wraz z dowodami ogólnikowe, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (zob. wyrok z dnia 19 maja 2016 r., KIO 722/16). W przypadku art. 224 ust. 6 ustawy Pzp chodzi o złożenie wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień

Przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Wezwanie do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów może być skierowane do wykonawcy kilkakrotnie w sytuacji,

gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (zob. wyrok z dnia 23 grudnia 2020 r., KIO 3210/20). Zamawiający może wezwać ponownie do udzielenia wyjaśnień tylko wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W orzecznictwie ukształtowane i trwale prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a czynność ponownego wezwania można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia, które można uznać za rzetelne i wiarygodne, dostarczyły określonych informacji powodujących nowe, wymagające usunięcia wątpliwości lub obejmują kwestie, co do których zamawiający musi się jeszcze ostatecznie upewnić (zob. wyrok z dnia 9 marca 202 r., KIO 408/21). Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

W kolejnym wezwaniu zamawiający nie powinien sugerować wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Obowiązek wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień zachodzi również w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie miało ogólny charakter (zob. wyrok z dnia 16 października 2017 r., KIO 2030/17).

W wyroku z dnia 4 października 2019 r., KIO 1837/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że

„Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiającego, powinien dokonać oceny czy oferta podlega odrzuceniu. Wobec tego niezwykle istotnym jest, aby składane przez wykonawcę wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego, bowiem ich celem jest przekonanie Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty wykonawcy było nieuzasadnione.

Podkreślenia wymaga, że na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również w miarę możliwości również przedstawienia dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Krajowa Izba Odwoławcza prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). Zatem gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić Zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia, wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.”



Monopolista w zamówieniu z wolnej ręki

CIĘŻAR UDOWODNIENIA, ŻE ZAISTNIAŁY PODSTAWY DO ODSTĄPIENIA OD PROCEDURY KONKURENCYJNEJ I UDZIELENIA ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI CIAŻY NA TYM, KTO WYWODZI Z TEGO SKUTKI PRAWNE, A WIĘC NA ZAMAWIAJĄCYM, KTÓRY WSZCZYNA TAKIE POSTĘPOWANIE



MAŁGORZATA WIŚNIEWSKA

Specjalista zamówień publicznych w jednostce sektora administracji rządowej.
Wykładowca na studiach podyplomowych z zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn: (a) technicznych o obiek-

tywnym charakterze, (b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego

zawężenia parametrów zamówienia. Przepisy art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp odpowiadają przepisom art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b nieobowiązującej ustawy Pzp2004. Zastosowanie przesłanki wyboru trybu z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, jest możliwe w sytuacji istnienia na rynku rzeczywistego monopolu danego wykonawcy zamówienia. Oznacza to, że konieczne jest wykazanie, że w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca (monopolista), który może zrealizować zamówienie z uwzględnieniem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, że dane zamówienia nie są w stanie wykonać inni wykonawcy (nie istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie).

Przesłanki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a i lit. b ustawy Pzp mają charakter wyjątkowy, pozwalający na odstępianie od zasady stosowania trybów konkurencyjnych, dlatego zamawiający obowiązany jest do dołożenia należytej staranności w obiektywnej ocenie podstaw ich zastosowania, popartej rzeczywistym monopołem danego wykonawcy. Okoliczności stanowiące podstawę zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a i lit. b ustawy Pzp muszą być nieprzewidywalnie nieusuwalne.

Zgodnie z orzecnictwem ETS (sprawa C-199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp2004 (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp) nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie

dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na Zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie. Potwierdza to również wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03). Ponadto rzeczywisty monopol danego wykonawcy musi mieć charakter trwały, nieprzewidywalny i obiektywny.

W uchwale z dnia 4 maja 2017 r., KIO/KD 15/17, skład orzekający wskazał, że „Przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego Wykonawcy, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego Wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego”.

W przypadku zastosowania przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, niedopuszczalna jest subiektywna ocena zamawiającego związana z zaufaniem, doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym wybranego wykonawcy. W uchwale KIO/KD 15/17 skład orze-

kający uznał, że „Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie Zamawiającego, że proponowany przez niego Wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie.” Podobne stanowisko zostało wyrażone w uchwale z dnia 11 maja 2018 r., KIO/KD 18/18, w której uznano, że „(...) przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez zamawiającego wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom zamawiającego, ani to czy dany wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego zamawiającego”.

Przykładem naturalnych monopolistów spełniających przesłanki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, mogą być dostawcy wody za pomocą sieci wodociągowej (odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej), gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej, podmioty świadczące usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.

Zastosowanie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie może być oparte na utrudnieniach organizacyjnych lub finansowych, których zamawiający nie jest w stanie pokonać ze względu na brak czasu lub złą sytuację finansową, i wymaga rzetelnego rozpoznania rynku w celu stwierdzenia, czy określone usługi, dostawy lub roboty budowlane z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mogą być wykonane tylko przez jednego wykonawcę.

W uchwale z dnia 26 kwietnia 2012 r., KIO/KD 43/12, niepubl., zwrócono natomiast uwagę, że „możliwość utraty gwarancji na system sygnalizacji pożaru ze względu na ingerencję innego

podmiotu w ww. system poprzez wprowadzenie do niego innych urządzeń nie stanowi przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze. To Zamawiający konstruując umowę o zamówienie publiczne na dostarczony system mógł w sposób wyraźny doprecyzować, że dodanie dodatkowych elementów systemu przez inny podmiot nie wpłynie na uprawnienia zamawiającego z tytułu gwarancji na dostarczony system. W konsekwencji to nie przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, lecz zaniechanie Zamawiającego odpowiedniego ukształtowania postanowień umownych były powodem, dla którego zdecydował się udzielić zamówienia wykonawcy realizującemu system”.

Przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, jest natomiast przesłanką związaną z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Przesłanka ta odnosi się przede wszystkim do ochrony praw wyłącznych przewidzianych w przepisach ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062) oraz ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2021 r. poz. 324). Do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek: istnienia praw wyłącznych oraz jednego wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia.

W uchwale z dnia 21 października 2019 r., KIO/KD 63/19 skład orzekający zwrócił uwagę, że „Udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp2004 zamawiający zobowiązany jest wykazać, iż nie występuje sytuacja preferowania danej usługi lub produktu objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli inne produkty lub usługi mogą obiektywnie zaspokoić jego potrzeby. Do zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp2004 nie wystarczy zatem, by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego. Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługują-

czą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi.”

Podobne stanowisko zostało wyrażone w uchwale z dnia 1 sierpnia 2014 r., KIO/KD 66/14, w której uznano, że „Przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp2004 nie uprawnia zamawiającego do nabycia w trybie z wolnej ręki każdej usługi lub produktu, z którym związane będą czyjeś prawa autorskie, bowiem takich usług lub produktów na rynku towarów i usług jest wiele i gdyby przyjąć, że mogą być one nabywane w każdym przypadku z pominięciem trybów konkurencyjnych, to idea zamówień publicznych pozbawiona byłaby sensu. Zatem, aby odwołać się do przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b, niezbędne jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być wykonany tylko przez jednego wykonawcę, z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych.”

Przepisy art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp nakładają na zamawiającego dodatkowo obowiązek wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. W przypadku zastosowania przepisów art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp konieczne jest wykazanie, że na rynku dostaw, usług lub robót budowlanych nie istnieje substytut (rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze), który mógłby zaspokoić rzeczywiste potrzeby zamawiającego stanowiące przedmiot udzielanego zamówienia.

Zgodnie z motywem 50 dyrektywy 2014/24/UE „Instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porów-

nywalnych pod względem funkcjonalności robót budowlanych, dostaw i usług.”

Z motywu tego wynika, że obowiązkiem zamawiającego jest wykazanie, iż nie ma na rynku rozsądnych rozwiązań alternatywnych lub zastępczych i tylko dany i jedyny wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie. Jeżeli w wyniku analizy rynku (również poza granicami kraju na terenie innych państw członkowskich UE) okaże się, że istnieje równoważny przedmiot zamówienia, odpowiadający uzasadnionym potrzebom zamawiającego wówczas przesłanka ta nie jest spełniona i nie daje podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Przykładowo, kiedy zamawiający w zawartej umowie z wykonawcą na wykonanie projektu architektonicznego budynku, z nieuzasadnionych przyczyn nie przewidział, aby wykonawca przeniósł na niego swoje autorskie prawa majątkowe, stwarza tym samym pretekst do zawarcia kolejnej umowy na aranżację wnętrza z tym samym wykonawcą, z uwagi na ochronę praw autorskich.

Przykładem nieuprawnionego ograniczenia konkurencji poprzez działanie zamawiającego było postępowanie na dostawę i instalację specjalistycznego sprzętu określonego producenta. W wyroku z dnia 14 lutego 2017 r., KIO/KD 4/17, skład orzekający uznał, że: „Po stronie zamawiającego leży uzyskanie takich licencji na oprogramowanie i ich zakresu, aby w sposób niezależny mogła przebiegać rozbudowa posiadanych linii terapeutycznych ich integrowanie i zabezpieczanie współdziałania (kompatybilności) z innymi funkcjonującymi systemami, aby były one wykorzystywane w stopniu maksymalnym i dostępne do realizacji dla innych wykonawców zdolnych należycie wykonać zamówienie. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, że opis przedmiotu zamówienia wbrew dyspozycji ustawowej – jest wynikiem celowego zawężania parametrów zamówienia i preferuje linię terapeutyczną jednego producenta.”

Jak przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe?

PROWADZĄC KONSULTACJE RYNKOWE, ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE MÓGŁ KORZYSTAĆ Z DORADZTWA WSZELKICH PODMIOTÓW, POD WARUNKIEM, ŻE NIE SPOWODUJE TO ZAKŁÓCENIA ZASAD ZACHOWANIA UCZCIWEJ KONKURENCJI, RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW I PRZEJRZYSTOŚCI



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w zamówieniach publicznych.

Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, będzie mógł przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. Informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie zamawiający będzie obowiązany zamieścić na swojej stronie internetowej (zob. art. 84 ustawy Pzp).

Prowadząc konsultacje rynkowe, zamawiający będzie mógł korzystać z doradztwa wszelkich podmiotów, pod warunkiem, że nie spowoduje to zakłócenia zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Podmioty, z którymi zamawiający prowadził wstępne konsultacje rynkowe będą zatem mogły ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie będzie to jednak ich obowiązkiem.

Informację o przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający będzie obowiąz-

zany zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu. Wstępne konsultacje rynkowe prowadzi się przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Celem wstępnych konsultacji rynkowych jest uzyskanie wiedzy w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy, pod warunkiem, że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji.

Wstępne konsultacje rynkowe są odpowiednikiem konsultacji rynkowych, o których mowa w art. 40 i 41 dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z art. 40 dyrektywy 2014/24/UE „Przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia instytucje zamawiające mogą przeprowadzić konsultacje rynkowe z zamiarem przygotowania zamówienia i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą, np. szukać lub korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów lub władz albo uczestników rynku. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem, że tego rodzaju doradztwo nie powoduje zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości”.

Zgodnie natomiast z art. 41 dyrektywy 2014/24/UE „Jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji.

Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich

terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84”.

Istotą wstępnych konsultacji rynkowych jest uzyskanie wiedzy w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. W tym celu zamawiający może, przeprowadzając wstępne konsultacje rynkowe zwrócić się do innych podmiotów o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.

Wstępne konsultacje rynkowe umożliwiają zamawiającym zapoznanie się z najlepszymi rozwiązaniami technicznymi, technologicznymi i organizacyjnymi dotyczącymi dostaw, usług lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia publicznego, co pozwala na racjonalne i efektywne wydatkowanie środków finansowych. Przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych umożliwia również pozyskanie informacji umożliwiających dokonanie ustalenia wartości zamówienia, jeżeli ze względu na ich unikatowy, specyficzny charakter lub wysoki postęp technologiczny, zamawiający nie będzie w stanie ustalić takiej wartości.

Zamawiający jest obowiązany prowadzić wstępne konsultacje rynkowe w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań.

Ze względu jednak na cel wstępnych konsultacji rynkowych, w informacji o zamiarze ich prze-

prowadzenia zamawiający może również poinformować o podmiotach już zaproszonych do konsultacji oraz o możliwości zgłaszania w wyznaczonym terminie uczestnictwa w konsultacjach, zastrzegając, że do konsultacji zaprosi tylko wybrane podmioty. Zamawiający może również w toku prowadzonych konsultacji rozszerzyć krąg podmiotów, z którymi będzie prowadzić konsultacje.

Prowadzenie konsultacji nie oznacza fizyczną obecność ich uczestników.

Do wstępnych konsultacji rynkowych nawiązują przepisy art. 85 i art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp odnoszące się do wcześniejszego zaangażowania wykonawcy. Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. W takim przypadku zamawiający będzie obowiązany przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert oraz wskazać w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Użyte w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert” oznacza obowiązek wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Ustalając czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, zamawiający powinien uwzględnić wpływ rodzaju istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania. W takim przypadku wykonawca zaangażowany w przygotowanie po-

stępowania o udzielenie zamówienia będzie podlegać wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy niemożliwe będzie wyeliminowanie spowodowanego tym zaangażowaniem zakłócenia konkurencji (naruszenia zasady zachowania równej konkurencji) w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający będzie jednak obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Zgodnie natomiast z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnił wykonawcy, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, a ten wykonawca nie wykaże, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji.

Przepis art. 85 ustawy Pzp nie dotyczy wyłącznie wstępnych konsultacji rynkowych. Zamawiający będzie mógł powierzyć osobie trzeciej przygotowanie postępowania lub skorzystać z doradztwa dotyczącego planowania i przygotowania, w ramach pomocniczych działań zakupowych na podstawie art. 37 ust. 2 i ust. 3 pkt 2

i 3 ustawy Pzp, a taka osoba będzie mogła również ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art. 85 ustawy Pzp co do zasady odpowiada przepisom art. 24 ust. 1 pkt 19 i ust. 10 Pzp2004. W wyroku z dnia 14 maja 2019 r., KIO 765/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że adresatem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp2004 nie jest wyłącznie wykonawca, a zamawiający powinien zarówno we własnym zakresie rozważyć, czy podjął dostateczne środki przeciwdziałające zakłóceniu konkurencji, jak również zapewnić takiemu wykonawcy – zgodnie z art. 24 ust. 10 Pzp2004 – możliwość udowodnienia, że udział podmiotu trzeciego w postępowaniu konkurencji nie zakłóci. Następnie, w razie negatywnej oceny przedstawionych przez wykonawcę argumentów mających uzasadniać brak zakłócenia konkurencji przez udział podmiotu trzeciego w postępowaniu, zamawiający może wezwać do jego zastąpienia innym podmiotem, bądź do zobowiązania się wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, pod warunkiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim korzystał z potencjału podmiotu trzeciego podlegającego zastąpieniu (por. przepis art. 22a ust. 6 Pzp2004).

Co ważne, ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości, zamawiający jest obowiązany do wyjaśnienia wykonawcy z jakich przyczyn nie uznał, że wykonawca udowodnił okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 10 Pzp2004. Jest to istotne ze względu na uprawnienie wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej zmierzających do zakwestionowania nieprawidłowej, zdaniem wykonawcy, oceny przedstawionych zamawiającemu wyjaśnień.

Wyjaśnienia wykonawcy powinny być ocenione przez pryzmat posiadanych przez zamawiającego informacji, a wyniki tej oceny – zakomunikowane wykonawcy. Nie może on bowiem pozostawać w niepewności co do podstaw nega-

tywnej oceny zamawiającego, zwłaszcza w okolicznościach, w których podstawy wykluczenia dotyczą podmiotu trzeciego, a nie samego wykonawcy, a zamawiający współpracował z podmiotem trzecim przy przygotowaniu postępowania, w którym wykonawca bierze udział.

Adresatem art. 85 ustawy Pzp są natomiast wykonawca oraz podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. Podmiotem takim może być również podmiot udostępniający zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp.

Z treści przepisów art. 24 ust. 1 pkt 19 i ust. 10 Pzp2004 oraz art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że przed wykluczeniem z postępowania wykonawcy zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – stwierdzić udział wykonawcy (jego pracownika lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej) w przygotowaniu prowadzonego postępowania, po drugie – ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Celem art. 85 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie konsekwentnie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania – koniecznym jest przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W wyroku z dnia 19 października 2018 r., KIO 2037/18, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, należy zbadać czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*, zwrócono uwagę, na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami, uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przedstawił w orzecznictwie pogląd, iż sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia doku-

mentacji projektowej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji (por. m.in. wyrok z dnia 22 lutego 2018 r., KIO 233/18, 234/18).

Należy zauważyć, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie niejednokrotnie zwracał uwagę, że sytuacja, w której jeden z wykonawców, który przygotował dokumentację przetargową następnie bierze udział w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych, które mają być zrealizowane na jej podstawie, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi niekonieczne znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała. Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może po pierwsze znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert.

Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów w tym znaczeniu, że jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich – będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może ona, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zniekształcenia konkurencji pomiędzy oferentami (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-

21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie).

Nie sposób zaprzeczyć, że wykonawca przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, nabywa informacje, które na etapie przygotowania postępowania nie są znane jeszcze innym potencjalnym uczestnikom postępowania. Nie oznacza to jednak, że powstałego na tym tle zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować poprzez podjęcie w postępowaniu odpowiednich czynności.

Mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp2004 oraz art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i wynikające z nich dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, zastosowanie tych przepisów będzie wymagać zachowania przez zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Za taką właśnie interpretacją tego przepisu przemawia art. 57 ust. 4 lit. f i art. 41 i art. 41 dyrektywy 2014/24/UE. W wyroku z dnia 28 marca 2018 r., KIO 473/18, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do pojęcia „udowodnienia”, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 10 Pzp2004, w szczególności czy zwrot ten oznacza, że wezwany wykonawca zawsze ma obowiązek przedstawić dowody w postaci dokumentów, które będą potwierdzać okoliczności przywoływane przez wykonawcę. W ocenie składu orzekającego przyjęcie takiego stanowiska mogłoby prowadzić w określonych okolicznościach do nadmiernego i nieuzasadnionego formalizmu, a w konsekwencji wykonawca, który w odpowiedzi na takie wezwanie złożył tylko wyjaśnienia, musiałby zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na brak załączenia dowodów. W ocenie składu orzekającego nie taki jest cel omawianej regulacji. Celem jest przede wszystkim ustalenie czy udział wyko-

nawcy, bądź jak w przedmiotowej sprawie – jego pracownika – w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Mając na uwadze różnorodność stanów faktycznych, jakie mogą mieć miejsce na gruncie omawianej regulacji, nie można, w ocenie składu orzekającego, kategorycznie wykluczyć możliwości wystąpienia sytuacji, w których wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę będą mogły zostać ocenione przez zamawiającego pozytywnie, tj. dadzą podstawę do stwierdzenia, że wykonawca udowodnił, że nie doszło do zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu. Należy przy tym pamiętać, że udowodnieniu w omawianym przypadku podlega przesłanka negatywna, co tym bardziej może powodować trudności w złożeniu stosownych dokumentów, rozumianych jako dowody.”

Wyrok KIO 473/18 dotyczy art. 24 ust. 10 Pzp2004 pozostaje aktualny na gruncie art. 85 ustawy Pzp.



Rażąco wygórowana kara umowna

NAJBARDZIEJ OGÓLNYM WYZNACZNIKIEM JEST STOSUNEK POMIĘDZY WYSOKOŚCIĄ KARY A WARTOŚCIĄ CAŁEGO ZOBOWIĄZANIA GŁÓWNEGO, ODNIESIENIE DO WARTOŚCI ŚWIADCZENIA SPEŁNIONEGO PRZEZ DŁUŻNIKA Z OPÓŹNIENIEM, PORÓWNANIE JEJ Z WARTOŚCIĄ SZKODY POWSTAŁEJ PO STRONIE WIERZYCIELA WSKUTEK NIETYKONANIA LUB NIENALEŻYTEGO WYKONANIA ZOBOWIĄZANIA



MIKOŁAJ KOŁECKI

Adwokat. Były członek Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej. Współautor publikacji z dziedziny prawa zamówień publicznych. Specjalizuje się w problematyce umów o roboty budowlane.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W przepisie art. 484 § 2 k.c. ustawodawca wskazuje dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej¹. Pierwszą z nich jest wykonanie zobowiązania w znacznej części. Drugą

jest rażąco wygórowanie kary. Obie przesłanki są równorzędne, dlatego wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej. W przypadku drugiej przesłanki ustawodawca posłużył się niedookreślonym pojęciem „rażąco wygórowania” nie wskazując jednak kryteriów istotnych dla oceny rażąco wygórowania kary umownej. Ciężar wykazania pod-

staw miarkowania spoczywa na dłużniku, skoro zgodnie z art. 484 § 2 k.c. to on tylko może żądać jej zmniejszenia w sytuacji, gdy jest wygórowana (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2021 r., I NSNc 176/20).

Żądanie obniżenia kary umownej nie musi wskazywać konkretnej przestanki miarkowania oraz kwoty, do jakiej kara ma być obniżona, ponieważ żądanie to nie zostało w art. 484 § 2 k.c. określone ani co do treści, ani co do formy. W orzecznictwie przyjęto natomiast odmienne stanowisko, z którego wynika, że dłużnik zamierzający zgłosić żądanie oparte na art. 482 § 2 k.c. obowiązany jest wyraźnie je sformułować (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07). Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty (por. uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03), ponieważ art. 484 k.c. w sposób wyczerpujący reguluje jedynie przestanki, które mogą stanowić podstawę miarkowania kary umownej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2008 r., I CSK 126/08). Ustawodawca nie sprecyzował kryteriów istotnych dla oceny rażącego wygórowania kary umownej, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego (por. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06 i z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06).

Celem miarkowania kary umownej jest przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochroną interesem wierzyciela. Ciężar wykania podstaw miarkowania spoczywa na dłużniku, skoro zgodnie z art. 484 § 2 k.c. to on tylko może żądać jej zmniejszenia w sytuacji, gdy jest wygórowana (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2021 r., I NSNc 176/20).

Miarkowanie kar umownych należy do tzw. prawa sędziowskiego, co nie oznacza dowolności w

stosowaniu tej instytucji. Występowanie przesłanek miarkowania kary umownej powinno być oceniane in casu na podstawie okoliczności danego przypadku. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 czerwca 2021 r., V Aga 210/19).

Miarkując karę umowną, sąd musi uwzględniać różnorodne okoliczności konkretnej sprawy, przy czym wysokość szkody poniesionej przez wierzyciela jest jedynie jedną z nich, a katalogu kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie można uznać za zamknięty. Nie bez znaczenia jest również fakt, że obowiązek zapłaty kary umownej może powstać nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody majątkowej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2019 r., IV CSK 443/18).

W orzecznictwie wskazuje się, że wyrok sądu miarkujący karę umowną ma charakter konstytutywny i wywołuje skutek ex tunc, czyli od chwili, w której roszczenie o jej zapłatę stało się wymagalne (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07). Stosując instytucję miarkowania sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06). W wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że „Pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastycznienie stosowania konstrukcji miarkowania. Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych

dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2011 r., IV CSK 659/10, nie publ., z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12). Ocena, czy kara umowna w konkretnych okolicznościach jest rażąco wygórowana może także uwzględniać relację między wysokością kary umownej a wartością robót podwykonawcy, którego zaangażowanie bez zgody inwestora stanowiło podstawę naliczenia kary umownej. W ramach tej oceny istotne znaczenie ma również terminowe i właściwe co do jakości wykonanie robót budowlanych przez wykonawcę obciążonego karą umowną (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, nie publ.).

Najbardziej ogólnym kryterium oceny jest stosunek pomiędzy wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego. Dopuszczalne jest również przyjęcie jako punktu odniesienia wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem. Dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości. Z konstrukcji drugiej przesłanki, tj. wykonania zobowiązania w znacznej części wynika natomiast, że punktem odniesienia jest pełne wykonanie zobowiązania przez dłużnika."NSNc 176/20).

Przesłanka rażącego wygórowania może się też przejawiać w zestawieniu wielkości poniesionej szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania z wysokością zastrzeżonej kary umownej.

Ponadto rażące wygórowanie może mieć miejsce na skutek porównania wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07).

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

W wyroku z dnia 27 lutego 2013 r., I ACa 99/13, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zwrócił uwagę, że „Rozważając zasadność żądania miarkowania kary umownej należy mieć na uwadze, że art. 484 § 2 k.c. statuuje wyjątek od zasady pacta sunt servanda i od regulacji określonej w przepisach art. 3531 k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Nie może być więc interpretowany rozszerzająco. Ustawodawca nie wskazał stanów faktycznych uzasadniających miarkowanie kary umownej, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Jak wynika z orzecznictwa norma ta może znaleźć zastosowanie zawsze wówczas,

gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty. Stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia." Ponadto, Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że „Najbardziej ogólnym wyznacznikiem jest stosunek pomiędzy wysokością kary a wartością całego zobowiązania głównego, odniesienie do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, porównanie jej z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wśród kryteriów miarkowania wskazuje się takie elementy, jak: zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych; wagę naruszonych postanowień kontraktowych (obowiązki główne, obowiązki uboczne); zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych (zwłaszcza w razie powiązania kary umownej z obowiązkiem zaniechania określonych działań przez dłużnika); zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary umownej w określonej wysokości (np. wypuklenie przez strony funkcji represyjnej).”.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 28 listopada 2013 r., I ACa 539/13, zwrócił natomiast uwagę, że „Orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza możliwość uwzględnienia stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej. Wskazuje się przy tym, że jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowią-

zania, można ją uznać za rażąco wygórowaną (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 maja 1980 r., I CR 229/80, z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, niepubl., czy z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12).”

Ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14).

W wyroku z dnia 25 września 2013 r., VI Ga 173/13, Sąd Okręgowy w Rzeszowie stwierdził, że „W ocenie Sądu w/w wysokość kary umownej (12.500 zł), w stosunku do wartości całego zobowiązania głównego (29.000 zł), wynosząc więc blisko połowę całego wynagrodzenia (43%), stanowiła zbyt znaczącą część wynagrodzenia powodów, biorąc także pod uwagę skomplikowany zakres zamówienia i czasookres zwłoki.”.

W wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r., I ACa 1309/12, Sąd Apelacyjny w Krakowie wskazał natomiast, że „Judykatura stworzyła swoisty katalog mierników oceny wysokości kar umownych. Jednym z podstawowych, a jednocześnie najbardziej ogólnych kryteriów, w oparciu, o które dokonuje się oceny wysokości kary umownej, celem stwierdzenia, czy jest ona rażąco wygórowana, jest stosunek pomiędzy wartością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego. Kryterium miarkowania stanowi także stosunek wysokości zastrzeżonej kary do wysokości wynagrodzenia wykonawcy (wyrok SA w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 r., V ACa 483/08). Do tego kryterium nawiązuje

zresztą trafnie Sąd I instancji wskazując, że wyliczona kara umowna jest rażąco wygórowana, gdyż zachwiana została relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia umownego a wysokością kary umownej z uwzględnieniem okresu opóźnienia.”

Nie sposób zatem nie przyjąć, iż kara umowna jest również rażąco wygórowana, jeżeli zachwiana zostanie relacja pomiędzy wartością kary umownej za zwłokę w wykonaniu etapu (części) robót budowlanych a wartością wynagrodzenia za wykonanie tego etapu robót budowlanych z uwzględnieniem okresu opóźnienia (jeżeli wartość kary umownej za zwłokę w wykonaniu etapu (części) robót budowlanych jest równa bądź zbliżona do wartości wynagrodzenia za wykonanie etapu robót budowlanych z uwzględnieniem okresu opóźnienia).

W wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13, Krajowa Izba Odwoławcza przywołując wyrok z dnia 22 marca 2011 r., stwierdziła, że „Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 3531 k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.”. Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolę jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 843/09). Nadto Izba zwraca uwagę, że ustanowienie przez zamawiającego możliwości naliczania wysokich kar umownych nie ogranicza prawa wykonawcy do zwrócenia się do sądu powszechnego o dokonanie oceny czy naliczona kara umowna będzie rażąco wygórowana.”.

Nie ma przeszkód prawnych, aby wykonawca, na podstawie art. 473 § 1 k.c. przyjął w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienale-

żyte wykonanie zobowiązania także z powodu okoliczności niezawinionych. Możliwość rozszerzenia (zaostżenia) zakresu odpowiedzialności wykonawcy jest nieograniczona, ponieważ art. 473 § 1 k.c. w tym zakresie nie określa żadnych granic. Strony w umowie mogą więc przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Za dopuszczalną należy uznać także możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać zamawiającemu, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie wykonawcy.

Jeżeli postanowienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego określają rozszerzony zakres odpowiedzialności w stosunku do uregulowanej ustawowo i zastrzegają karę umowę z tytułu opóźnienia w wykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy, to bez znaczenia są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez wykonawcę terminu wykonania przedmiotu umowy i ocena czy opóźnienie ma formę kwalifikowaną, zależną od winy.

¹ Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana

Ocena „samooczyszczenia” wykonawcy

PRZYCZYNY, DLA KTÓRYCH ZAMAWIAJĄCY ODMÓWIŁ UZNANIA DOWODÓW ZA WYSTARCZAJĄCE DO WYKAZANIA JEGO RZETELNOŚCI WYKONAWCY, POWINNY BYĆ OPISANE NA TYLE WYCZERPUJĄCO, BY WYKONAWCA UZYSKAŁ PEŁNĄ WIEDZĘ, CO DO PODSTAW DOKONANEJ CZYNNOŚCI WYKLUCZENIA



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w zamówieniach publicznych.

Instytucja samooczyszczenia (self-cleaningu) została wskazana w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z tym przepisem każdy wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym

szym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący.

W ustawie Pzp procedura samooczyszczenia została opisana w art. 110 ust. 2 i 3. Z przepisów tych wynika, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym, podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizował personel, wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Instytucja samooczyszczenia jest mechanizmem pozwalającym uznać wykonawcę za wiarygodnego (lub - w przypadku jej niepowodzenia - za niewiarygodnego), chociaż formalnie podlegałby on wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp. Jak wynika natomiast z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2,

są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. Przepis ten nie zawiera natomiast żadnych wskazówek, w jaki sposób należy oceniać dane dowody. Ocena rzetelności wykonawcy dokonana przez zamawiającego nie może być jednak dowolna. Również więc w przypadku tej procedury należy zapewnić przejrzystość oceny zamawiającego, tak wobec samego wykonawcy, jak i pozostałych uczestników postępowania. Przyjęcie, iż to wyłącznie od subiektywnej decyzji zamawiającego miałoby zależeć uznanie czy wykonawca skutecznie dokonał samooczyszczenia, nie jest możliwe do pogodzenia z zasadą przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tym samym ocena dokonana przez danego zamawiającego musi być subiektywno-obiektywna, tzn. owszem, jest jego oceną indywidualną, ale musi zostać dokonana i uzasadniona w oparciu o obiektywnie weryfikowalne podstawy (zob. wyrok z dnia 28 maja 2021 r., KIO 1007/21).

Konkluzją oceny zamawiającego nie może być wyłącznie subiektywne przekonanie co do braku możliwości zaufania wykonawcy, lecz muszą zostać wskazane obiektywne (powszechnie i racjonalnie weryfikowalne) podstawy odnoszące się do środków zaradczych podjętych celem wykazania rzetelności danego wykonawcy.

Przyczyny, dla których zamawiający odmówił uznania dowodów za wystarczające do wykazania jego rzetelności wykonawcy, muszą być opisane na tyle wyczerpująco, aby wykonawca uzyskał pełną wiedzę co do podstaw wykluczenia z postępowania. Zamawiający powinien podać konkretne wskazania, dlaczego ustalone przez wykonawcę przyczyny i podjęte środki zaradcze nie są wystarczające do uznania jego samooczyszczenia.

Okres ważności gwarancji wadialnej i terminu związania ofertą



PIOTR WIŚNIEWSKI

Prawnik. Kierownik Referatu Prawnego i Zamówień Publicznych w Związku Międzygminnym ds. Ekologii w Żywcu. Członek Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych. Pełnomocnik stron w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: W wyrokach KIO 2486/20, KIO 642/20, KIO 952/20, KIO 2452/21 Krajowa Izba Odwoławcza, a także w wyroku z dnia 2 lutego 2021 r., V Ga 328/20 Sądu Okręgowego w Częstochowie uznano, że termin ważności wadium w gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, może być dłuższy niż termin związania ofertą. Czy takie stanowisko znajduje racjonalne uzasadnienia?

PIOTR WIŚNIEWSKI: Tak, zdawałoby się, że te wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, a co więcej wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie, ustaliły linię orzeczniczą pod względem umożliwienia żądania wypłaty wadium po okresie związania ofertą. Wyroki te w przekonujący i jasny sposób

określiły racjonalność takiego rozwiązania. Warto choćby przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku KIO 2486/20, w którym napisano: „W ocenie Izby analiza treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Przystępującego prowadzi do wniosku, że w przypadku, gdyby zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęło do gwaranta po konkretnej dacie, tj. 7 października 2020 r. Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji. (...) Innymi słowy, treść złożonej przez Konsorcjum (...) gwarancji ubezpieczeniowej obligowała Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej gwarancją do upływu okresu ważności gwarancji. Słusz-

nie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadium nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania wypłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. (...) Za prawidłowe należało zatem uznać stanowisko Odwołującego, iż wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą (okres ważności gwarancji w niniejszej sprawie odpowiadał terminowi związania ofertą). Podkreślić należy, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione."

Jeszcze dosadniej wyraził się Sąd Okręgowy w Częstochowie, który stwierdził, że: „... zabezpieczająca funkcja rękojmi determinuje to, iż zabezpieczenie musi być realne, a nie tylko hipotetyczne. Zamawiający musi mieć zatem w praktyce realną możliwość zaspokojenia się z przedmiotu wadium, przy czym stanowczo podkreśla się w orzecznictwie, że zabezpieczenie potencjalnych interesów zamawiającego przed niesumienne postępowaniem wykonawców musi istnieć w całym okresie, kiedy pozostają oni związani złożonymi przez siebie ofertami. (...) W realiach niniejszej sprawy poza sporem jest, że przedłożona przez skarżących w procedurze przetargowej gwarancja ubezpieczeniowa obowiązywała od: 8.09.2020r. do 7.10.2020r., czyli dokładnie w okresie związania ofertą, który upływał właśnie z dniem 7.10.2020r. Z końcem tego dnia kończył się jednocześnie upływ terminu do zawarcia umowy przez oferenta, który wygrał przetarg. Zatem logicznym jest, że przed początkiem dnia 8.10.2020r. nie mogła ziścić się

przesłanka uzasadniająca przepadek wadium na rzecz zamawiającego wskazana w art. 46 ust. 5 pkt 1 PZP – o ile przed tą datą oferent nie złożyłby wyraźnego oświadczenia woli o odmowie zawarcia umowy. (...) Prowadziłoby to do paradoksalnej sytuacji, w której najwcześniejszą możliwą datą, w której ziściłoby się warunek do zatrzymania przez zamawiającego wadium byłby dzień 8.10.2020r. (do końca dnia 7.10.2020r. zamawiający powinien czekać na złożenie oświadczenia wykonawcy o zawarciu umowy), a jednocześnie udzielona przez tego wykonawcę gwarancja wadium w tej dacie byłaby już nieważna. W tej sytuacji dywagacje skarżących co do możliwości złożenia skierowanego do ubezpieczyciela (gwaranta) oświadczenia woli o skorzystaniu z gwarancji ubezpieczeniowej przez beneficjenta gwarancji w formie elektronicznej w ostatnim dniu (czy nawet minutach) obowiązywania gwarancji nie mają żadnego znaczenia. Takie oświadczenie złożone przed końcem dnia 7.10.2020r. byłoby bowiem we wskazanej powyżej sytuacji przedwczesne (z mocy art. 111 k.c. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, tj. o północy takiego dnia, zważywszy na fakt, że doba liczona jest od północy do północy)."

Sąd wyraźnie wskazał, że upływ terminu ważności wadium nie może być równy terminowi żądania wypłaty wadium, bo wtedy nie da się realnie tego wadium zatrzymać. To zaś oznacza, że wadium wniesiono w nieprawidłowy sposób i ofertę należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: W najnowszym orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza uznaje jednak, że to stanowisko nie znajduje podstaw w przepisach ustawy.

PIOTR WIŚNIEWSKI: To prawda. W ciągu ostatnich kilku miesięcy Krajowa Izba Odwoławcza wydała co najmniej trzy wyroki sprzeciwiające wyżej opisanemu stanowisku. W wyroku z 26 listopada 2021 r., KIO 3362/21, wydanym w składzie trzyosobowym, Krajowa Izba Odwoławcza

uznała za prawidłowo wniesione wadium, którego ważność upływała z ostatnim dniem terminu związania ofertą, a ewentualne trudności zamawiającego z doręczeniem żądania wypłaty wadium przed upływem jego ważności nazwała „hipotetycznymi” i „ogólnymi”. Krajowa Izba Odwoławcza pozwoliła sobie na następujące uzasadnienie swojego stanowiska: „Hipoteza Odwołującego, że Zamawiający nie zdąży wystąpić i doręczyć do gwaranta wniosku o zapłatę wadium nie może stanowić podstawy do uznania, że wadium zostało wniesione nieprawidłowo. Należy wskazać, że Odwołujący powinien mieć na uwadze także okoliczność, że Zamawiający zwykle proceduje w taki sposób, aby nie doprowadzić do utraty możliwości zaspokojenia z wadium. (...) Zarówno w ustawie, jak i SWZ, brak jest tak szczegółowych wymagań dla treści gwarancji wadialnej, na jakie wskazywał Odwołujący, dotyczących czy to wydłużonego terminu ważności wadium względem terminu związania ofertą, czy zawarcia w treści gwarancji dodatkowej klauzuli. Nie jest możliwe nałożenie na wykonawców obowiązków, które nie wynikają z przepisów prawa. Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Ze wskazanego przepisu jednoznacznie wynika, że graniczną datą, jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium, jest termin związania ofertą.”

Tak więc, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie ma żadnego racjonalnego powodu dla żądania jakiegokolwiek dłuższego okresu na przekazanie żądania wypłaty wadium niż sam termin związania ofertą. To zamawiający powinien tak ukształtować czas na podpisanie umowy, żeby zdążyć ewentualnie zatrzymać wadium przed końcem terminu związania ofertą. Podobne stanowisko wyrażono w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 stycznia 2022 r., KIO 3628/21, gdzie napisano: „Jeśli nawet przyjmujemy czysto hipotetycznie, że zamawiający zdecydował się na wyznaczenie

terminu zawarcia umowy na ostatni dzień związania ofertą, to ustalenie tego terminu w godzinach pracy zamawiającego, w godzinach np. porannych umożliwi zamawiającemu zgłoszenie Gwarantowi żądania w przypadku uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy. Przy czym, co należy podkreślić, sytuacja taka jest przypadkiem skrajnym, który zakłada, że zawarcie umowy następuje w ostatnim dniu, zaś wykonawca zaproszony do podpisania umowy będzie uchylał się od jej zawarcia. Trudno jest wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający wyznacza ostatni dzień na zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Okres związania ofertą jest na tyle długi, że pozwala zamawiającemu na procedowanie w taki sposób, aby wszystkie czynności (w tym wybór oferty najkorzystniejszej oraz podpisanie umowy z wykonawcą) dokonane zostały w terminie związania ofertą. W konsekwencji trudno jest wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający będzie musiał ostatniego dnia udać się do siedziby Gwaranta, aby nie utracić możliwości zaspokojenia swoich roszczeń z tytułu wadium w przypadku, gdy wykonawca nie stawi się w jego siedzibie.”

Także w wyroku z dnia 29 grudnia 2021 r., KIO 3608/21 Krajowa Izba Odwoławcza przypomniała, że zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Wykonawca, składając gwarancję wadialną ważną przez cały okres związania ofertą postąpił prawidłowo i brak jest podstaw do odrzucenia oferty. Krajowa Izba Odwoławcza znowu uznała problemy z realizacją wypłaty wadium za sytuację czysto hipotetyczną, przyszłą i niepewną, nie wynikającą okoliczności przedmiotowego postępowania.

Jak widać z powyższego, najnowsze wyroki Krajowej Izby Odwoławczej zawierają ścisłe wytyczne, że treść dokumentu wadialnego nie musi określać żadnego dodatkowego czasu na przygotowanie i złożenie żądania wypłaty wadium. Nawet jeśli w ostatnim dniu ważności wadium wystąpi podstawa do jego zatrzymania, to

zamawiający musi zdążyć w tym samym dniu prawidłowo przekazać żądanie wypłaty wadium. W przeciwnym razie straci możliwość dochodzenia tej kwoty.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Czy można zgodzić się ze stwierdzeniem, że w żadnym postępowaniu nie wystąpi sytuacja, że zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynie do gwaranta po terminie ważności wadium?

PIOTR WIŚNIEWSKI: Oczywiście, że nie można się zgodzić z taką tezą. Naiwnością jest twierdzić, że wszelkie formalności związane z realizacją sankcji zatrzymania wadium można dokonać przed upływem jej ważności. Twierdzenia jakimi szafuje Krajowa Izba Odwoławcza, o konieczności takiego zorganizowania procedury wyboru oferty i podpisania umowy, aby zdążyć przed upływem ważności wadium świadczą o oderwaniu od rzeczywistości i niezajomości z praktycznej strony procesu udzielania zamówienia. Pamiętać trzeba, że w np. zamówieniach o wartości mniejszej niż progi unijne, podstawowym terminem związania ofertą, a więc i ważności wadium jest 30 dni. W tym czasie, często trudno doprowadzić do podpisania umowy. Przypominam, że po otwarciu ofert następuje badanie i ocena ofert. Niejednokrotnie zamawiający musi wzywać do wyjaśnień treści ofert lub żądać wyjaśnień rażąco niskiej ceny. To wszystko trwa. Następnie wzywa się do złożenia dokumentów podmiotowych, na co trzeba dać wykonawcy nie mniej niż 5 dni. Często potem trzeba wzywać wykonawcę do uzupełnień dokumentów, co znów zajmuje czas. Po wyborze oferty najkorzystniejszej, w razie złożenia więcej niż jednej oferty, należy odczekać 5 dni z podpisaniem umowy, by konkurencyjni wykonawcy mogli wnieść odwołania. Jeżeli takie odwołanie zostanie wniesione, miną co najmniej kolejne dwa tygodnie zanim coś się rozstrzygnie. Niczym niezwykłym jest ustalenie terminu podpisania umowy na ostatni lub przedostatni dzień związania ofertą.

Co jeszcze ważniejsze, po wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający nie ma już możliwości wezwania wybranego wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium, ponieważ ustawa Pzp przewiduje to tylko przed wyborem oferty (zob. art. 220 ust. 3 ustawy Pzp).

Stąd właśnie całkowicie zrozumiałym jest zapewnienie w treści wadium o umożliwieniu zwrócenia się o jego wypłatę np. w terminie 3 dni po upływie terminu ważności wadium. Tym niemniej, teraz najistotniejsze jest to co mówi orzecznictwo. Najnowsze wyroki stwierdzają, że nie ma podstaw do zapewniania w treści gwarancji wadialnych jakiegokolwiek dłuższego czasu na żądanie wypłaty wadium. Mam więc potężną niepewność orzeczniczą jak postąpić, gdy spotkamy się z takim przypadkiem.

Musimy śledzić dalsze wyroki, bo na teraz jakkolwiek decyzja zamawiającego może być uznana za rażące naruszenie przepisów ustawy wpływająca na wynik postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza nie może wypracować jednolitej linii, ale to zamawiający i wykonawcy mają poważny kłopot. Nadzieja w tym, że Krajowa Izba Odwoławcza wypracuje jednolitą linię orzeczniczą, choć znając poziom naszego orzecznictwa mam raczej złe przeczucia w tym zakresie.



Zastąpienie podmiotu trzeciego niespełniającego kryteriów wskazanych przez zamawiającego innym podmiotem trzecim

W wyroku z dnia 5 lipca 2021 r., XXIII Zs 62/21 Sąd Okręgowy w Warszawie (XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych) uznał, że przepis art. 22a ust. 6 Pzp2004 zezwalający na zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim jest niezgodny z art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE, a wobec tego musi być interpretowany w świetle tejże dyrektywy. Wykładnia art. 22a ust. 6 Pzp2004 powinna być dokonywana z uwzględnieniem pierwszeństwa stosowania odpowiedniego przepisu dyrektywy 2014/24/UE i w konsekwencji ograniczona do możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego przez wykonawcę, pod warunkiem wykazania, że spełnia on wymagane przez zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną. W konsekwencji przyjmując prounijną wykładnię art. 22a ust. 6 Pzp2004 nie można uznać, że wykonawca wykonujący wezwanie, o którym mowa w art. 22a ust. 6 Pzp2004 może zastąpić podmiot trzeci nie spełniający kryteriów wskazanych przez zamawiającego innym podmiotem trzecim. Do takiego wniosku prowadzi również wykładania dokonana w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 E., a w którym przyjęto, że artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE, w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten

sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.

Orzeczenie powyższe zapadło na gruncie art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, który odpowiada obecnemu art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE.

TSUE trafnie podkreślił, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy (...) instytucje zamawiające powinny zapewnić równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., (...) A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 60. Trybunał zaznaczył, że art. 2 dyrektywy (...) nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki. Niemniej instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., (...) A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).

W sprawie rozpoznawanej przez TSUE wykonawca przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. Wykonawca ten wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz

dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym. TSUE uznał, że takie wyjaśnienia z pewnością nie są zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. Uzupelnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia.

W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości. Przytoczone wywody Trybunału Sprawiedliwości UE pozostają aktualne w kontekście art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE i wpływają na prounijną wykładnię art. 22a ust. 6 Pzp2004.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego wykonawca powołując się na art. 22a ust. 6 Pzp2004 wskazał nowy podmiot, na którego zasoby powołała się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Działanie takie w ocenie Sądu Okręgowego nie może mieć podstawy prawnej w wykładanym prounijnie art. 22a ust. 6 Pzp2004, ponieważ doszłoby w ten sposób do zmiany podmiotowej tożsamości wykonawcy już w toku postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. Stawiałoby to wykonawcę dokonującego takiej zmiany w uprzywilejowanej sytuacji względem pozostałych wykonawców.

Powyższy pogląd znajduje odzwierciedlenie również w orzecznictwie. W wyroku z dnia 23 października 2018 r., KIO 2083/18, stwierdziła, że wykonawca nie był uprawniony do zastąpienia podmiotu trzeciego (wskazanego pierwotnie w ofercie) innym, mimo że wykonawca ten od początku deklarował korzystanie z potencjału na zasadach określonych w art. 22a Pzp2004. Krajowa Izba Odwoławcza również uznała, że zastąpienie podmiotu trzeciego następuje na skutek żądania zamawiającego, które jest następstwem stwierdzenia, że podmiot trzeci podlega wykluczeniu, względnie nie spełnia kryteriów kwalifikacji, natomiast z przepisu art. 22a ust. 6 Pzp2004 wynika, że to „wykonawca zastępuje” podmiot trzeci, a nie podmiot trzeci zastępowany jest przez jakiś inny podmiot trzeci”.

W ocenie Sądu Okręgowego dopuszczenie na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp2004 możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym lub innymi podmiotami stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, albowiem różnicuje sytuację wykonawców, którzy składając wniosek lub ofertę polegają na własnych zasobach od wykonawców korzystających ze zdolności innych podmiotów. Sąd uznał, że skoro w wyniku wezwania zamawiającego skarżąca powołała się na zdolności techniczne nowego podmiotu trzeciego, to tym samym należy przyjąć, że nie wykazała, iż spełnia warunki udzielenia jej zamówienia publicznego, co musiało skutkować wykluczeniem D. S. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Źródło: www.orzeczenia.ms.gov.pl

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w zamówieniach zastrzeżonych

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego przez Miasto Ch. (dalej: „Zamawiający”) na usługi utrzymania terenów zieleni na terenie miasta Ch., stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004 r., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i ust. 2a Pzp2004 (samodzielnie przez każdego z tych wykonawców (dalej: „uczestnicy Konsorcjum” lub „konsorcjanci”).

W toku kontroli Prezes UZP ustalił, że Zamawiający poinformował uczestników Konsorcjum, że o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej, przy czym zatrudnienie osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, musi być nie mniejsze niż 30%. Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku Zamawiający żądał złożenia oświadczenia zgodnie z załączonym do pisma wzorem: „oświadczamy, że jesteśmy zakładem pracy chronionej oraz zatrudniamy osoby niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (...) w ilości nie mniejsze niż 30%”.

Uczestnicy Konsorcjum złożyli na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i ust. 2a Pzp2004, wspólne oświadczenie sporządzone według wzoru określonego przez Zamawiającego. Zamawiający uznał na tej podstawie warunek za spełniony i zawarł z uczestnikami Konsorcjum umowę.

W toku postępowania kontrolnego Zamawiający wyjaśnił, że nadał złożonemu przez Konsorcjum oświadczeniu znaczenie, że przynajmniej jeden z członków konsorcjum jest zakładem pracy chronionej oraz że z łącznej liczby (sumy) pracowników obu przedsiębiorstw E. oraz K. ponad 30% zatrudnionych pracowników to osoby niepełnosprawne. Zamawiający na podstawie dokumentacji postępowania oraz art. 23 ust. 3 Pzp2004, uznał, że złożone oświadczenie przez Konsorcjum E. i K. potwierdza, że faktycznie spełnia opisany warunek udziału w postępowaniu.

Prezes UZP zwrócił uwagę, że przepisy art. 22 ust. 2 i 2a Pzp2004 rodzą konieczność ich ścisłej wykładni. W przepisach tych ustawodawca zawarł wyraźne stwierdzenie o możliwości ograniczenia dostępu do zamówienia wyłącznie tych wykonawców, którzy posiadają status zakładu pracy chronionej lub których działalność obejmuje społeczno-zawodową integrację osób społecznie marginalizowanych oraz którzy zatrudniają te osoby na poziomie minimalnym określonym przez zamawiającego, nie niższym niż 30% zatrudnienia u wykonawcy ogółem.

Prezes UZP zwrócił również uwagę, że zastrzeżenie, o którym mowa w art. 22 ust. 2 i ust. 2a Pzp2004, nie stanowi podstawy do oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tylko podstawę do ograniczenia podmiotowego udziału w tym postępowaniu według ściśle określonej i zdefiniowanej cechy podmiotowej. Zastrzeżenie to jest traktowane jako rodzaj warunku udziału w postępowaniu, ale odrębnego od tych

Rynek Przetargowy

KONTROLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b Pzp2004 i służy weryfikacji profilu społecznej działalności oraz struktury zatrudnienia wykonawcy, nie zaś weryfikacji jego potencjału i ocenie zdolności podmiotu do realizacji przedmiotu zamówienia przez pryzmat posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego i finansowego (tak w wyroku z dnia 30 października 2012 r., KIO 2249/12). Oznacza to, że w przypadku tzw. zamówień zastrzeżonych, realizowanych na podstawie art. 22 ust. 2 i ust. 2a Pzp2004 nie ma możliwości dokonywania łącznej oceny posiadania określonej cechy podmiotowej przez członków grupy wspólnie ubiegającej się o zamówienie tak jak w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b Pzp2004, lecz każdy z członków tej grupy powinien legitymować się wymaganą cechą podmiotową indywidualnie.

Prezes UZP zauważył, że Zamawiający w toku oceny spełnienia przez uczestników Konsorcjum warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b Pzp2004, uznał na podstawie oświadczenia złożonego wspólnie przez tych uczestników, że Konsorcjum spełnia łącznie ten warunek w ten sposób, że przynajmniej jeden z członków konsorcjum jest zakładem pracy chronionej oraz że z łącznej liczby (sumy) pracowników obu konsorcjantów ponad 30% zatrudnionych pracowników to osoby niepełnosprawne. Wobec tego Zamawiający uznał, że spełnienie warunku posiadania statusu zakładu pracy chronionej przynajmniej przez jednego członka Konsorcjum jest wystarczającym i koniecznym minimum do jego spełnienia.

W ocenie Prezesa UZP Zamawiający niezasadnie przyjął, że możliwe jest sumowanie potencjałów uczestników Konsorcjum w zakresie wykazania spełnienia ww. warunku i w związku z powyższym uznał, że Konsorcjum spełniło stawiany warunek. Nie ma tu zastosowania

reguła łączenia potencjałów uczestników Konsorcjum. Zatem Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny spełnienia przez członków Konsorcjum zastrzeżenia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i ust. 2 Pzp2004.

Prezes UZP podkreślił, że Zamawiający oceniając, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu powinien przede wszystkim bazować na dokumentach (oświadczeniach) wykonawcy złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym przypadku warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i 2a Pzp2004. Informacja o spełnianiu warunku tzw. zamówień zastrzeżonych w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinna dotyczyć każdego z tych wykonawców odrębnie, co umożliwiłoby dokonanie jednoznacznej i obiektywnej oceny spełnienia ww. warunku. Prezes UZP uznał, że analiza treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia zastrzeżonego warunku nie pozwala na stwierdzenie, że każdy z uczestników Konsorcjum samodzielnie spełnia zastrzeżony warunek. Co więcej treść tego oświadczenia nie potwierdza również, że tak jak przyjął Zamawiający przynajmniej jeden z członków konsorcjum jest zakładem pracy chronionej oraz że z łącznej liczby (sumy) pracowników obu przedsiębiorstw E. oraz K. ponad 30% zatrudnionych pracowników to osoby niepełnosprawne.

W ocenie Prezesa UZP zacytowanego powyżej wniosku Zamawiającego nie można wyprowadzić zarówno na podstawie analizy treści złożonego oświadczenia jak i posiłkując się w tym celu innymi dokumentami złożonymi przez Konsorcjum. W realiach niniejszej sprawy dokonanie prawidłowej oceny spełnienia zastrzeżonego warunku przez członków Konsorcjum na podstawie złożonego oświadczenia nie jest możliwe, bowiem treść

Rynek Przetargowy

KONTROLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

tego oświadczenia budzi wątpliwości, co do jego rzeczywistego znaczenia.

Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 pkt 1 i ust. 2a Pzp2004 samodzielnie przez każdego z członków Konsorcjum naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem uczestnicy Konsorcjum, którym udzielono przedmiotowego zamówienia, byli jedynymi wykonawcami, z którymi prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

W uchwale z dnia 2 lutego 2022 r., KIO/KD 2/22 Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Prezesa UZP, zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ma wątpliwości, że wymogi opisane w art. 22 ust. 2 Pzp2004, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, musi spełnić każdy z wykonawców. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że dopuszczenie sumowania potencjałów w przypadku zastrzeżenia społecznego, prowadziłoby do obejścia przepisów ustawy, ponieważ w realizacji zamówienia nie uczestniczyliby wyłącznie wykonawcy o cechach wymaganych przez zamawiającego (nie każdy z nich miałby status zakładu pracy chronionej, nie każdy zatrudniałby określony procent osób niepełnosprawnych). Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w przypadku tzw. zamówień zastrzeżonych, realizowanych na podstawie art. 22 ust. 2 i ust. 2a Pzp2004, nie ma możliwości dokonywania łącznej oceny posiadania określonej cechy podmiotowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), tak jak w

przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b Pzp2004, lecz każdy z członków tej grupy powinien legitymować się wymaganą cechą podmiotową indywidualnie. Podsumowując, ustalenia Prezesa UZP, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004, co miało wpływ na wynik postępowania.

W ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) problematyka zamówień zastrzeżonych została uregulowana w art. 94. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, wskazanych w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp.

W takim przypadku zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczeń potwierdzających: (1) status wykonawcy jako zakładu pracy chronionej lub spółdzielni socjalnej lub dokumentów potwierdzających prowadzenie przez wykonawcę lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, (2) procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w art. 94 ust. 1, zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej, spółdzielnie socjalne lub wykonawcę lub jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie.

Źródło: www.uzp.gov.pl

Czy dla nałożenia korekty finansowej wystarczy samo wskazanie wystąpienia możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji?

W wyroku z dnia 17 stycznia 2017 r., II GSK 4487/16 Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006 (por. wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 2015 r., II GSK 610/14).

W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego z powyższych przepisów wynika jednoznacznie, że przesłanką żądania zwrotu środków nie jest każde naruszenie prawa wspólnotowego, lecz tylko takie, które może zostać określone jako nieprawidłowość, tzn. powodujące lub mogące spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej. Tego rodzaju okoliczność powinna zostać niewątpliwie wykazana przez organ w decyzji nakazującej zwrot środków z funduszy europejskich (por. wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2016 r., II GSK 1265/15).

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 14 lipca 2016 r., w sprawie C-406/14 Trybunał stwierdził, że z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 wynika, iż naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub

mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono – jako takie – mieć negatywne skutki budżetowe. Nie trzeba natomiast udowodniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (pkt 44 wyroku).

W niniejszej sprawie ustalono i zastosowano 5% wskaźnik korekty finansowej za naruszenie procedury przetargowej polegającej na nie zawarciu w Ogłoszeniu o zamówieniu informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków poprzez odesłanie w tym zakresie do informacji docelowo znajdujących się w SIWZ. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że Pzp określa m.in. zasady i tryb udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp celem stosowanych procedur jest zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Ta podstawowa zasada Pzp musi stanowić wskazówkę interpretacyjną przy wykładni szczegółowych uregulowań ustawy. Oznacza to, że wszystkie przepisy ustawy mają być tak rozumiane i stosowane, aby w sposób najpełniejszy służyć zachowaniu uczciwej konkurencji i równemu traktowaniu wykonawców. Stosowanie trybu zamówień publicznych i zasad uczciwej konkurencji ma zapewnić równy dostęp do zamówień publicznych wszystkich potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie uzyskanie przez zamawiającego wszelkich możliwych ofert, co z kolei zapewnić ma wybór oferty najkorzystniejszej i najlepsze wykorzystanie środków publicznych. Naruszenie Pzp przez zamawiającego, które eliminuje lub może eliminować z postępowania niektórych potencjalnych wykonawców wywołuje ryzyko wyrządzenia szkody w środkach publicznych, gdyż ta eliminacja, także potencjalna, może prowadzić do pominięcia oferty najlepszej, która na skutek wadliwego działania zamawiającego w ogóle nie została zgłoszona.

Jednym ze środków służących wskazanemu celowi jest ustanowiona art. 8 ust. 1 Pzp jawność postępowania. Jawność postępowania realizo-

wana jest m.in. przez publikację ogłoszenia oraz SIWZ. W ogłoszeniu zamieszcza się m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

W tym kontekście Sąd pragnie zwrócić uwagę, że potencjalny – zainteresowany przystąpieniem do przetargu – wykonawca (będący najczęściej podmiotem profesjonalnie i zawodowo działającym na rynku i prowadzącym działalność w określonej dziedzinie), ma zatem nieograniczoną możliwość zasięgnięcia wiedzy o wskazanych informacjach poprzez analizę treści SIWZ. Pamiętać też należy, że w istocie to podmioty zainteresowane w danej dziedzinie są rzeczywistymi adresatami publikowanego ogłoszenia o przetargu, a zatem z reguły te z nich, które są faktycznie zainteresowane przystąpieniem do danego postępowania przetargowego poszukują szczegółowych informacji dotyczących wymogów realizacyjnych planowanego zamówienia w SIWZ (także tych odnoszących się do warunków uczestnictwa w postępowaniu i kryteriów dokonywania oceny ich spełniania).

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Sądu, należy dojść do wniosku, że dla stwierdzenia nieprawidłowości, o której mowa w art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, nie jest wystarczające samo wskazanie zaistnienia możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji (tj. stwierdzenia jedynie naruszenia art. 41 pkt 7 Pzp poprzez odesłanie w zakresie nim objętym do SIWZ). Mimo, że takie działanie stanowi naruszenie prawa (przepisów Pzp), to nie może być automatycznie kwalifikowane jako „nieprawidłowość” określona w powołanym przepisie. Konieczne jest zatem logiczne wykazanie, że sygnalizowane braki samego ogłoszenia pociągnęły za sobą powstanie szkody lub że w tych konkretnych okolicznościach faktycznych taka szkoda mogła nastąpić wskutek naruszenia zasady konkurencyjności poprzez choćby uprawdopodobnienie wykluczenia pewnej grupy potencjalnych oferentów. Przyjęcie w tym zakresie, że znaczenie ma to, iż stwierdzone naruszenie Pzp mogło choćby potencjalnie doprowadzić do rezygnacji

z udziału w przetargu przez innych oferentów, którzy wskutek opisanych uchybień w redakcji Ogłoszenia nie przystąpili do przetargu (przez co nie sposób przyjąć, jaką szkodę poniósł budżet ogólny UE), uznać należy za niewystarczające w świetle powyższych wyjaśnień. Uznanie za „nieprawidłowość” skutkującą nałożeniem korekty, każdego naruszenia prawa, bez powiązania tego naruszenia z wykazaniem niebezpieczeństw potencjalnej szkody stanowi naruszenie art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006.

Czy warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia?

W wyroku z dnia 5 marca 2021 r., KIO 418/21 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że należy zatem odróżnić określenie przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu, które zawsze muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę wykonawcy, pod kątem jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji.

Decyzja w zakresie ustanowienia warunku, jego rodzaju, rozmiaru czy zakresu, należy do zamawiającego. To na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność, za ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby każdy wykonawca, który wykaże się spełnieniem warunku, mógł być jednocześnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia (tak w wyroku z dnia 23 czerwca 2020 r., KIO 550/20).

W wyroku z dnia z dnia 12 lutego 2021 r., KIO 184/21 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Właśnie z art. 22 ust. 1a ustawy pzp wynika bowiem, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do

przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Oznacza to, że wykładni treści warunku należy dokonywać z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia jako punktu wyjścia dla kształtowania warunku udziału. Przy czym oczywistym jest, że warunek nie musi odzwierciedlać w stu procentach opisu przedmiotu zamówienia, gdyż powinien być do tego opisu w takiej proporcji, która jest wystarczająca uznania wykonawcy za zdolnego do wykonania zamówienia, ale jednocześnie nie jest oderwana od przedmiotu zamówienia.”

W wyroku z dnia 27 sierpnia 2020 r., KIO 1635/20 Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że „Warunki udziału w postępowaniu mają być więc proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a nie muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia.”

Ponadto jak wskazano w wyroku z dnia 16 sierpnia 2019 r., KIO 1500/19 zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych poprzez ich minimalny poziom. Zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu.

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w wyroku z dnia 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19 gdzie wskazała, iż zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków

udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności – wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji.

Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ (SWZ).

W kwestii konieczności przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE w wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECLI:EU:C:2009:808, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644, TSUE orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia decyzji o unieważnieniu czynności w postępowaniu

Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia czynności w postępowaniu, nawet jeśli taki obowiązek nie wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął, jeśli dostrzeże, że dokonał wyboru oferty z naruszeniem prawa zamówień publicznych. Takie uprawnienie wynika z faktu, że czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu powinny zmierzać do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych.

W wyroku z dnia 26 stycznia 2012 r., KIO 104/12, stwierdzono, że błędny wybór oferty wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu, nie ma charakteru nieusuwalnego. „Zamawiający ma bowiem możliwość naprawienia błędu. Jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, że uprzednio popełnił błąd, wybierając ofertę z naruszeniem przepisów ustawy”.

Tożsame stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r., KIO 2535/11, w którym stwierdzono: „Okoliczność, że zamawiający pomylił się przy wyborze oferty najkorzystniejszej nie dokonując jej odrzucenia, nie niweczy całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko dyskwalifikuje czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, która to czynność w drodze środków ochrony prawnej, nakazów kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, czy też samokontroli samego podmiotu zamawiającego może zostać naprawiona”.

Przyznanie zamawiającemu prawa do korzystania z uprawnienia do unieważnienia postępowania również w odniesieniu do poszczególnych czynności zamówienia, pozostaje

w zgodzie z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie – zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp – ma prowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma być ważna. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”, a contrario wynika, że nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. W związku z powyższym zamawiający może samodzielnie unieważnić określoną czynność w postępowaniu, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Takie stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. KIO 2591/13 i KIO 2593/13 oraz KIO 1718/13). Zamawiający może zatem w postępowaniu samodzielnie unieważnić m. in. czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia oferty, unieważnienia postępowania, wybór najkorzystniejszej oferty. Dopuszczenie możliwości unieważniania poszczególnych czynności w postępowaniu samodzielnie przez zamawiającego nie daje zamawiającemu prawa do dowolności dokonywania takiej czynności, ponieważ wykonawca może skorzystać ze środka lub środków ochrony prawnej.

Na zamawiającym spoczywa obowiązek ustalenia czynności, które powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy

Zgodnie z art. 95 ustawy Pzp zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 §

1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

Art. 22 § 1 Kodeksu pracy stanowi, że przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Przy czym z mocy art. 22 § 1[1] Kodeksu pracy zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartą przez strony umowy.

A z art. 22 § 1 [2] Kodeksu pracy wynika natomiast zakaz zastępowania umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, określonych w § 1.

Jednocześnie zgodnie z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w ust. 1, określa w dokumentach zamówienia w szczególności: rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób oraz uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Z przywołanych powyżej przepisów ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że na zamawiającym spoczywa obowiązek przeanalizowania i stwierdzenia czy czynności konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia z punktu widzenia powyżej przywołanych przepisów Kodeksu pracy powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy. Innymi słowy w ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, czy konkretne czynności muszą być wykonywane w ramach stosunku pracy czy też mogą być wykonane na podstawie umowy cywilnoprawnej. W razie stwierdzenia, że wykonywanie czynności niezbędnych dla należytego

wykonania przedmiotu zamówienia polega na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, zamawiający nie może odstąpić od określenia w specyfikacji co najmniej informacji, o których mowa w art. 95 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie może również odstąpić od stosowania art. 95 ust. 1 i 2 ustawy Pzp powołując się na nieposiadanie wystarczającej wiedzy co do tego, jaki rodzaj czynności jest niezbędny dla wykonania zamówienia, które zamierza udzielić.

Stąd przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia powinno również obejmować przeprowadzenie analizy w tym zakresie, jako przejawu uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, do czego obliguje przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Stąd bez znaczenia dla sprawy jest usprawiedliwianie się przez Zamawiającego, że nie jest w stanie wyspecyfikować wszystkich czynności, jakie muszą być faktycznie wykonane w ramach naprawy głównej transportera pływającego. Niezgodne z art. 95 ust. 1 i 2 ustawy Pzp będzie wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie również scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji etc.

Na podstawie art. 95 ustawy Pp zamawiający jest obowiązany wskazać wszystkie czynności, których wykonanie będzie zawierało cechy stosunku pracy.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych „czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj.

osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (...), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują. Do rozważenia pozostają kwestie związane ze świadczeniem niektórych usług informatycznych (np.: świadczonych przez programistów, integratorów systemów etc.), w szczególności, gdy są to osoby o wysokim poziomie kompetencji, posiadające rzadkie specjalizacje i niezbędne certyfikaty potwierdzające fachowość (i których zaangażowanie do realizacji przedmiotu zamówienia jest wymagane już na etapie składania ofert, czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu). Wydaje się, że czynności wykonywane przez te osoby nie polegają na świadczeniu pracy. Z kolei inne czynności informatyczne (np. polegające na usłudze help-desku) mogą już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy”.

W przypadku umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, przewidującej wymagania określone w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jej treść powinna zawierać postanowienia dotyczące sposobu dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz postanowienia dotyczące sankcji z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie natomiast z art. 438 ust. 2 ustawy Pzp w celu weryfikacji zatrudniania, przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, umowa przewiduje możliwość żądania przez zamawiającego w szczególności:

oświadczenia zatrudnionego pracownika, oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę, poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika, a także innych dokumentów, zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.

Zamawiający nie może natomiast określać, jaka liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę będzie brała udział w realizacji zamówienia.

Czy zamawiający zawiadamia wykonawcę o odtajnieniu jego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa?

W uchwale z dnia 13 grudnia 2019 r., KIO/KU 76/19 Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do kwestii spornej, dotyczącej odpowiedzi na pytanie czy obowiązek zamawiającego w zakresie odtajnienia dokumentów, co do których w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wykazano zasadności zastrzeżenia ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest zależny od sytuacji, kiedy w toku postępowania nie złożono wniosków o udostępnienie tych dokumentów. Zamawiający stanął bowiem na stanowisku, że wobec braku wniosku od uczestników postępowania w zakresie możliwości zapoznania się z treścią dokumentów, nie było konieczności dokonywania faktycznej czynności odtajnienia zastrzeżonych informacji, pomimo dokonania przez Zamawiającego oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jako nieprawidłowej. Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko oraz argumentację prezentowaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż obowiązek Zamawiającego do odtajnienia do-

kumentów w przypadku nieuwzględnienia uzasadnienia objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest uzależniony od złożenia przez Wykonawcę wniosku o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podzieliła argumentację przytoczoną w uchwale z dnia 30 października 2018 r., KIO/KU 40/18, podkreślając, że kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym jest narzędziem do budowania zaufania do systemu zamówień publicznych (por. m.in. wyrok z dnia 20 marca 2017 r., KIO 2113/16). Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Wyjątkiem od powyższej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepisy ustawy Pzp wprost wskazują na nadrzędność zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wyjątki od tej zasady mogą mieć miejsce wyłącznie w ściśle określonych ustawą przypadkach i nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extendantae*. Wypełniając przesłanki wynikające z zasady jawności, wszelkie czynności podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu, muszą zostać zmaterializowane, uwidocznione, ujawnione

przez Zamawiającego oraz pozostawić konkretny ślad w postępowaniu.

W związku z powyższym, Zamawiający w przypadku negatywnej oceny złożonych zastrzeżeń powinien zakomunikować Wykonawcy, że uznał za nieskuteczne poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. w szczególności poinformować o tym fakcie Wykonawcę, którego oświadczeń lub dokumentów to dotyczy. Wykonawca musi mieć pewność co do tego jak Zamawiający ocenił złożone przez niego zastrzeżenia. Pewność ta musi być poparta wiedzą, tzn. nie może być dorozumiana i nie może być oparta na przypuszczeniach lub przewidywaniach Wykonawcy. Jest to istotne z punktu widzenia Wykonawców, ponieważ ocena dotycząca skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi czynność Zamawiającego w postępowaniu, na którą przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

W związku z powyższym prawidłowe zakomunikowanie Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji, gwarantuje jednocześnie Wykonawcom możliwość wniesienia środków ochrony prawnej i kontroli czynności dokonanych lub zaniechanych przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że czynność Zamawiającego (powiadomienie Wykonawcy o uznaniu złożonych przez niego zastrzeżeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne) powinna nastąpić niezależnie od okoliczności złożenia przez inne podmioty wniosku o udostępnienie treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oświadczeń lub dokumentów. Ustawodawca bowiem nie przewidział jako przesłanki warunkującej ujawnienie treści informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa złożenia przez uprawniony podmiot wniosku o udostępnienie tych informacji.

Pojęcie informacja banku jest szerszym pojęciem niż opinia czy zaświadczenie

Zamawiający oceniając spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, czyli posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1 500 000 zł poddał ocenie dokumenty złożone przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w postaci wydruku z bankowości elektronicznej z rachunku w banku podmiotu trzeciego przedstawiającego operacje za wymagany okres wraz z tłumaczeniem. W tym zakresie Zamawiający uznał, że dokument ten nie potwierdza spełniania warunku, ponieważ samodzielnie wykonany wydruk przez wykonawcę z systemu obsługi bankowej nie jest dokumentem odpowiednim co do formy dopuszczonej przez przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy (tak w wyrokach KIO 2391/16 oraz KIO 2392/16).

Ponadto, Zamawiający zauważył, że kwota wskazywana przez Odwołującego nie była saldem rachunku, gdyż tego samego dnia dokonano jeszcze kilku operacji bankowych. Analiza tego dokumentu nie potwierdzała realnego dysponowania środkami finansowymi przez podmiot trzeci, na zasoby którego powoływał się Odwołujący. Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodziła się Krajowa Izba Odwoławcza. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w celu potwierdzenia warunku możliwe jest złożenie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert

albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli zaś z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego dokumentów, to przepisy tego rozporządzenia umożliwiają wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, złożenie innych dokumentów, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że pojęcie „informacja banku”, jest szerszym pojęciem niż opinia czy zaświadczenie. Jednocześnie Zamawiający w SIWZ nigdzie nie ograniczył formy tej informacji. Nie ulega wątpliwości, że informacją taką może być zarówno zaświadczenie podpisane przez upoważnionego pracownika banku, jak i niewymagający podpisu dokument wygenerowany przez system bankowy. Złożone przez Odwołującego dokumenty stanowiły nic innego jak wydruki z systemu informatycznego banku zagranicznego, czego zresztą Zamawiający nie kwestionował. Wskazywało na to logo banku, adresy strony internetowej bankowości elektronicznej, z których te wydruki wykonano, z wydruków wynikało do kogo dane konto bankowe należy oraz precyzyjnie określono okres, którego wydruk dotyczy istotny dla potwierdzenia spełnienia warunku. Z wydruków tych można było także z łatwością ustalić wysokość salda na kontach podmiotu udostępniającego zasoby oraz prześledzić historię operacji bankowych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacja zaczerpnięta z systemu informatycznego banku w dalszym ciągu pozostaje informacją pochodzącą od banku i powinna być uwzględniona przy ocenie spełnienia warunku. Jest to niewątpliwie informacja określająca wysokość środków finansowych, którymi dysponuje i obraca dany podmiot. Dyskredytowanie informacji przedstawionej w takiej formie nie jest zasadne. Podzielono w tym zakresie analogiczne stanowisko przedstawione w wyrokach: z dnia 15 maja 2013 r., KIO 942/13, z dnia 4 października 2012 r., KIO 2009/12, z dnia 30 maja 2016 r., KIO 795/16, z dnia 1 marca 2018 r., KIO 171/18.

Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych¹



„Określenie zasady, która pozwalałaby zamawiającemu ustalić, kiedy będzie miał do czynienia z jednym zamówieniem, a kiedy z zamówieniami odrębnymi, jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przez zamawiającego czynności przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i oszacowania jego wartości. Szacowanie wartości każdego zamówienia, w tym także szacowanie zamówień na dostawy produktów spożywczych powinno odbywać się zgodnie z ogólnymi zasadami szacowania zamówień wyrażonymi w szczególności w art. 28 oraz 29 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Z przepisu tego wynika zatem obowiązek dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Natomiast wedle treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może dzielić

zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że uzasadnione jest to obiektywnymi przyczynami. Sens normatywny tych przepisów sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp, czy też z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

W kontekście zamówień obejmujących dostawy produktów spożywczych należy zwrócić uwagę także na regulację art. 30 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym, w przypadku, gdy zamawiający planuje nabycie podobnych dostaw, wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, nawet jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.

Pojęcie „łącznej wartości” należy odnieść do wartości szacunkowej całego zamówienia określonej przed wszczęciem pierwszego postępowania służącego udzieleniu zamówienia w częściach. A zatem, jeżeli zamawiający decyduje się udzielać zamówienia na podobne dostawy w częściach i organizuje odrębne postępowania obejmujące poszczególne części, wówczas dla każdego odrębnego postępowania (części zamówienia) przyjmuje się wartość całego zamówienia, ustaloną przed wszczęciem pierwszego postępowania służącego udzieleniu zamówienia w częściach. W konsekwencji, zamawiający udzielający zamówienia w częściach, wszczynając postępowanie na poszczególne części, nie jest zobowiązany do ponownego oszacowania ich wartości, chyba że po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane oszacowanie. Wówczas, stosownie do treści art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany będzie dokonać zmiany ustalonej wartości zamówienia.

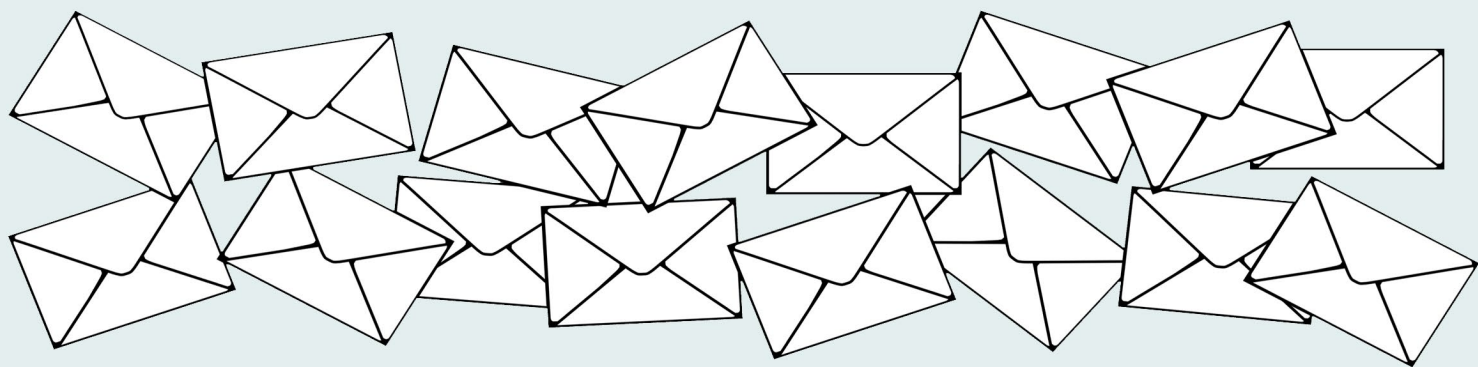
W powyższym kontekście należy także zwrócić uwagę na wytyczne w zakresie prawidłowego szacowania wartości zamówień i zakazu dzielenia ich na części zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE. W art. 5 ust. 9 ww. Dyrektywy wskazano, że w przypadku, gdy proponowane nabycie podobnych dostaw może prowadzić do udzielenia zamówień w formie odrębnych części, na potrzeby ustalenia czy wartość dostaw przekracza próg stosowania dyrektywy, uwzględnia się całkowitą szacunkową wartość wszystkich tych części, zaś w przypadku, gdy łączna wartość części jest na poziomie lub powyżej progu określonego w art. 4, przepisy dyrektywy stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia.

Z powyższego wynika, iż dyrektywa kładzie nacisk na etap planowania dostawy oraz podobieństwo przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że decydującym kryterium oceny obowiązku łącznego szacowania wartości zamówienia w

przypadku dostaw jest obiektywna możliwość zaplanowania udzielenia zamówień w określonym czasie oraz podobieństwo przedmiotowe. Warto również przytoczyć pogląd ustawodawcy unijnego wyrażony w treści motywu 19 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym do celów szacowania progów pojęcie podobnych dostaw należy rozumieć jako produkty o identycznym lub podobnym przeznaczeniu – jak np. dostawy różnych rodzajów żywności. A zatem intencja ustawodawcy unijnego zdaje się preferować pogląd, iż dostawy różnych rodzajów żywności to podobne dostawy, które mogą być udzielane w częściach, ale wartość wszystkich tych części należy szacować łącznie. Nie jest to jednak pogląd kategoryczny. Jak dalej stanowi treść motywu 19 preambuły, „zazwyczaj wykonawca w danym sektorze byłby zainteresowany dostawą takich artykułów jako części swojego normalnego asortymentu”. Innymi słowy, dostawca pieczywa nie jest z reguły zainteresowany dostawami mięsa, a ten z kolei dostawami pieczywa. A zatem treść motywu 19 nie przekreśla automatycznie argumentu przemawiającego za odrębnym szacowaniem takich zamówień w konkretnych okolicznościach zamówienia.

W konsekwencji należy wskazać, iż w przypadku zamówień obejmujących swym zakresem dostawy artykułów spożywczych istotnym kryterium decydującym o tym czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy z kilkoma odrębnymi, będzie dostępność produktów u jednego dostawcy. Powyższej oceny zamawiający powinien dokonywać z uwzględnieniem podziału, jaki w sposób naturalny istnieje na rynku artykułów spożywczych. Jeżeli zatem wartość odrębnego zamówienia nie przekroczy kwoty 130 000 zł, do udzielenia zamówienia na produkty spożywcze, przepisy ustawy Pzp nie będą miały zastosowania. Ostatecznie jednak wybór metody szacowania wartości zamówienia należy oceniać mając na uwadze konkretny stan faktyczny.”

¹ Źródło: www.uzp.gov.pl



**Pytania dotyczące stosowania
przepisów o zamówieniach publicznych
można przesyłać na adres:**

pytania@rynekprzetargowy.pl





**szkolenia
ekspert.pl**

**WARSZTATY PRZETARGOWE
PRAKTYCZNE PODEJŚCIE
DO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
10-11 MARZEC 2022 r.**

**JAK WZORCOWO PRZYGOTOWAĆ
I UDZIELIĆ ZAMÓWIENIA
NA ROBOTY BUDOWLANE?
17 MARZEC 2022 r.**

**WIECZOROWY KURS
PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
23-25 MARZEC 2022 r.**

**ZJAZD SPECJALISTÓW
DS. ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
25-27 MAJ 2022 r.**

szkoleniaekspert.pl



**szkolenia
ekspert.pl**

WIOSENNA AKADEMIA PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAGADNIENIA OGÓLNE

PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA

SWZ I INNE DOKUMENTY ZAMÓWIENIA

BADANIE OFERT

OCENA OFERT

KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCY

UMOWA I ZMIANY ZAWARTEJ UMOWY

PRZETARG NIEOGRANICZONY

TRYB PODSTAWOWY

ZAMÓWIENIE Z WOLNEJ RĘKI

PROTOKÓŁ POSTĘPOWANIA