

**Jak zostać
ekspertem w
zamówieniach
publicznych?**

**Roboty budowlane
i nasadzenia roślin**

**Różne stawki
podatku VAT
w ofertach**

**Czy wysokość
kary umownej
może naruszać
uczciwą
konkurencję?**

**Zmiana zakresu
podwykonawstwa
wskazanego
w ofercie**

**Funkcjonowanie
komisji
przetargowej**

**Odpowiedzi
na pytania
czytelników**

**Wyniki kontroli
Prezesa Urzędu
Zamówień
Publicznych**

Rynek Przetargowy

DWUMIESIĘCZNIK UCZESTNIKÓW RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

MAJ - CZERWIEC | Numer 2/2022 (2) | ISSN 2720-6084

**Czy na podstawie art. 122
wykonawca może zastąpić
podmiot trzeci innym podmiotem
lub podmiotami trzecimi?**

**Ogólnopolskie Stowarzyszenie
Konsultantów Zamówień
Publicznych to potencjał,
z którego warto skorzystać**

**Weryfikacja nowych podstaw
wykluczenia w świetle
ustawy „sankcyjnej”**

**SZACOWANIE WARTOŚCI
ROBÓT BUDOWLANYCH**

Rynek Przetargowy

WYDAWCA I ADRES REDAKCJI

CONEXIS ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

JÓZEF EDMUND NOWICKI

ul. Nowowiejska 17

71-219 Bezrzecze

kancelaria@conexis.pl

REDAKTOR NACZELNY

JÓZEF EDMUND NOWICKI

redaktor.naczelnny@rynekprzetargowy.pl

tel. 883 689 848

SEKRETARZ REDAKCJI

MACIEJ NOWICKI

redakcja@rynekprzetargowy.pl

WSPÓŁPRACA

PATRONAT MEDIALNY

redaktor.naczelnny@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

Orzecznictwo GKO



„Szacowanie wartości zamówienia to jedna z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania. W przypadku ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane należy uwzględnić znaczenie pojęcia „obiekt budowlany”. (JÓZEF EDMUND NOWICKI)

„Zaprezentowana w orzeczeniu Esaproject zasada niezmienności oferty (odpowiednio oczywiście również wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) doznaje, w mojej ocenie, istotnego wyjątku, wprowadzonego właśnie regulacją art. 63 ust. 1. I w tym względzie uzasadnioną wydaje się być supozycja, iż orzeczenie Esaproject nie ma w pełni zastosowania do dokonywanych przez instytucje zamawiające decyzji pod rządami nowej dyrektywy. W konsekwencji trudno podzielić przedstawiony przez Sąd pogląd o niezgodności art. 22a ust. 6 Pzp2004 z regulacją art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i konieczności dokonywania prounijnej jego wykładni (teza 3).” (IRENA SKUBISZAK-KALINOWSKA)

„Wykluczenie następuje na okres znajdowania się takich wykonawców na wykazach zawartych w rozporządzeniach: 765/2006 oraz 269/2014 lub na liście prowadzonej przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy sankcyjnej). Dokonując oceny wykonawców pod kątem spełniania przez nich nowych przesłanek wykluczających ich z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy konkursu, nie można tracić z pola widzenia tego, iż procedura ta winna mieć miejsce w toku prowadzonego postępowania.” (IRENEUSZ ŻARŁOK)

„Zdobycie wiedzy eksperckiej w zamówieniach publicznych nie jest, niestety, prostą sprawą. Nie wystarczy bowiem czytać, ani nawet uważnie studiować przepisy ustawy Pzp i akty wykonawcze. Wiele przepisów łączy się ze sobą tworząc całe schematy, konstrukcje, które na pierwszy rzut oka nie są oczywiste. Mnogość przepisów wprowadza chaos i trudności interpretacyjne. Ponadto przepisy przepisami a życie życiem. Najciekawsze, najbardziej zawite sytuacje są trudne do wyobrażenia przy samym studiowaniu ustawy.” (IWONA MILLER-RUTKOWSKA)

To tylko niektóre tematy numeru 2 Rynku Przetargowego.

Józef Edmund Nowicki

Redaktor naczelny

SPIS TREŚCI

- | | | | |
|----|--|----|---|
| | <i>Szacowanie wartości zamówienia</i> | | <i>Rozmowa z ekspertem</i> |
| 05 | Jak szacować wartość zamówienia na roboty budowlane?
JÓZEF EDMUND NOWICKI | 50 | Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?
IWONA MILLER – RUTKOWSKA |
| | <i>To budzi kontrowersje</i> | | |
| 14 | Czy na podstawie art. 122 wykonawca może zastąpić podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami trzecimi?
IRENA SKUBISZAK – KALINOWSKA | 51 | Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?
PIOTR WIŚNIEWSKI |
| | <i>Wykluczenie z postępowania</i> | | <i>Stowarzyszenia i samorządy zawodowe</i> |
| 20 | Weryfikacja nowych podstaw wykluczenia w świetle ustawy „sankcyjnej”
IRENEUSZ ŻARŁOK | 53 | Ogólnopolskie Stowarzyszenie Konsultantów Zamówień Publicznych to potencjał, z którego warto skorzystać
Rozmowa z JERZYM WYSOCKIM, członkiem zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych |
| | <i>Przygotowanie postępowania</i> | | |
| 26 | Zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania
MIKOŁAJ KOŁECKI,
JÓZEF EDMUND NOWICKI | | <i>Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych</i> |
| | <i>Komisja przetargowa</i> | 61 | Zmiana zakresu podwykonawstwa wskazanego w ofercie
MIKOŁAJ KOŁECKI,
JÓZEF EDMUND NOWICKI |
| 30 | Funkcjonowanie komisji przetargowej
MIKOŁAJ KOŁECKI | | <i>Wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych</i> |
| | <i>Podatek VAT w zamówieniach publicznych</i> | 65 | Określenie terminu wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy |
| 35 | Podatek VAT w zamówieniu na roboty budowlane wraz z wykonaniem nasadzeń roślinnych
JÓZEF EDMUND NOWICKI | 67 | Różne stawki podatku VAT w złożonych ofertach |
| | <i>Umowa o roboty budowlane</i> | 71 | Jak szacować wartość zamówienia na budowę mostu? |
| 40 | Niezmiennność i zmienność wynagrodzenia ryczałtowego
JÓZEF EDMUND NOWICKI | 73 | Czy stan zagrożenia epidemicznego może być przyczyną wydłużenia terminu realizacji zamówienia publicznego? |
| | <i>Opis przedmiotu zamówienia</i> | 76 | Czy usługi szkoleniowe i doradztwo mogą stanowić jedno zamówienie i podlegać łącznemu szacowaniu? |
| 46 | Znaki towarowe w opisie przedmiotu zamówienia i kryteria stosowane w celu oceny równoważności
JÓZEF EDMUND NOWICKI | | |
-

Porozmawiajmy o zamówieniach publicznych

- 79 **O zmianach w ustawie, przyczynach rosnącej liczby odwołań, atrakcyjności i profesjonalizacji zamówień publicznych**

Rozmowa z MAŁGORZATĄ WĘGIEL,
specjalistą ds. zamówień publicznych
w Gminie Bełżyce

Opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych

- 83 **Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp**
- 85 **Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp**
- 88 **Dopuszczalność zmiany umowy dokonywana na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp**
- 89 **Możliwość zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw**

Kary umowne

- 90 **Czy wysokość kary umownej może naruszać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców?**
JÓZEF EDMUND NOWICKI

Warto o tym wiedzieć

- 93 **Czy wysokość wynagrodzenia pracownika wykonawcy może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa?**
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
- 96 **Zamówienia publiczne w pytaniach i odpowiedziach**
JÓZEF EDMUND NOWICKI



Szacowanie wartości zamówienia na roboty budowlane

TERMIN „OBIEKT BUDOWLANY” NIE UZALEŻNIA ISTNIENIA OBIEKTU BUDOWLANEGO OD TAKICH ELEMENTÓW JAK LICZBA PODMIOTÓW ZAMAWIAJĄCYCH, ANI TEŻ CZY CAŁOŚĆ ROBÓT MOŻE ZOSTAĆ PRZEPROWADZONA PRZEZ JEDNO PRZEDSIĘBIORSTWO. DECYDUJĄCYM DLA KWALIFIKACJI CZY SERIA OKREŚLONYCH ROBÓT STANOWI REALIZACJĘ JEDNEGO OBIEKTU BUDOWLANEGO W ROZUMIENIU DYREKTYWY SĄ WIĘC KRYTERIA GOSPODARCZYCH I TECHNICZNYCH FUNKCJI SPEŁNIANYCH PRZEZ WYNIK TYCH ROBÓT.



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się z zamówieniami publicznymi

Podstawa ustalania wartości zamówienia

Zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy Pzp wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie:

- 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w
- 2) programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333, z późn. zm.);
- 3) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia

jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

W przypadku ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane należy uwzględnić znaczenie pojęcia „obiekt budowlany”.

Obiektem budowlanym jest wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 7 pkt 14 ustawy Pzp).

Pojęcie „objektu budowlanego” w rozumieniu art. 7 pkt 14 ustawy Pzp jest pojęciem autonomicznym i ma znaczenie tylko na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych oraz nie ma wpływu na znaczenie tego pojęcia w innych aktach prawnych. Pojęcie to nie może również podlegać ocenie z punktu widzenia jego zgodności z pojęciem obiektu budowlanego zawartym przepisach prawa budowlanego.

W publikacji „Nowelizacja ustawy Prawo zamówień Publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy”¹ zwrócono uwagę, że „Zgodnie z orzecnictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych. A zatem, jak wspomniano powyżej, obiektem może być przykładowo określony budynek spełniający funkcję teatru, pływalni lub inna budowla typu most czy tunel. Jednocześnie, za obiekt budowlany w rozumieniu nowej definicji uznany zostanie także zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego mający pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną, np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy, w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki pływalni, siłowni, sali gimnastycznej, spa, korty tenisowe, parkingi itp. Wobec powyższego, szacując wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Pzp, nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja budowlana ma pełnić, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamierzenie”.

W wyroku z dnia 5 października 2000 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98), Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) uznał, że zasadnicze znaczenie dla odpowiedzi, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany jest ustalenie, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynierskich może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Ocena, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym w rozumieniu dyrektywy powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które będzie spełniał. Oznacza to, że całość robót budowlanych udzielanych w kilku postępowaniach należy brać pod uwagę w kontekście ustalenia obowiązku stosowania przepisów dyrektywy. ETS wskazał również, że istnienie jednego podmiotu zamawiającego i możliwość przeprowadzenia przez przedsiębiorstwo wspólnotowe całości robót opisanych w odnośnych zamówieniach może stanowić dowód potwierdzający istnienie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy, nie może jednak stanowić w tym względzie kryterium decyzyjnego.

W publikacji „Nowelizacja ustawy Prawo zamówień Publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy” zostały również wskazane ogólne szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane².

Różne rodzaje robót w ramach jednego obiektu budowlanego

„Zarówno w sytuacji, gdy w przedmiocie zamówienia jest remont budynku, na który składają się różne rodzaje robót np. wymiana okien, dachu, ogrzewania jak również w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest budowa kilku obiektów w rozumieniu prawa budowlanego, ale funkcjonalnie ze sobą powiązanych i składających się na jedno zamierzenie budowlane (np. budowa kompleksu składającego się na park rozrywki) – czyli obiektu budowlanego w rozumieniu zmienionych przepisów Pzp, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania wartości robót składających się na całe zamierzenie budowlane. Wynika to z faktu, że zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5d Pzp2004 przez obiekt budowlany rozumieć należy wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub tech-

niczną, a zgodnie z cytowanym powyżej orzecznictwem ETS, istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robot budowlanych”.

Rodzajowo podobne roboty budowlane na różnych obiektach budowlanych

„W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są jednorodne rodzajowo roboty budowlane np. wymiana dachów na kilku budynkach pozostających w zarządzie zamawiającego, przedmiotem zamierzenia budowlanego powinna być co do zasady całość prac składających się na remonty dachów, bez względu na konieczność pozyskania przez zamawiającego niezbędnych decyzji o pozwoleniu na budowę wymaganych przepisami Prawa budowlanego dla poszczególnych budynków odrębnie”.

Roboty remontowe na jednym i kilku obiektach w rozumieniu ustawy – prawo budowlane

„Jeżeli celem zamówienia jest wykonanie robot remontowych w obrębie jednego „obektu budowlanego” w rozumieniu prawa budowlanego, wartość robot wykonywanych w ramach tego obiektu powinna podlegać sumowaniu.

W sytuacji, gdy zamawiający dokonuje remontów różnych obiektów budowlanych, przy czym na remonty te składają się różne rodzaje robot np. wymiana okien, malowanie, kładzenie wykładzin, drobne roboty budowlane i instalacyjne, mimo, że niektóre rodzaje robot powtarzają się w różnych obiektach, wartością zamówienia będzie co do zasady wartość robot wykonywanych w obrębie jednego budynku, gdyż dopiero całość prac składających się na roboty budowlane wykonywane w ramach jednego budynku można określić jako jedno spójne zamierzenie budowlane.

Taki sposób szacowania wartości zamówienia nie stoi na przeszkodzie łączeniu przez zamawiającego w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego remontów kilku budynków, jeżeli połączenie realizacji zamówienia na kilku obiektach jest uzasadnione względami organizacyjnymi czy finansowymi lub innymi okolicznościami obiektywnie uzasadniającymi takie działanie”.

Ustalanie wartości zamówienia na roboty budowlane w przypadku braku dokumentacji projektowej

W opinii „Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym”³ Urząd Zamówień Publicznych zwraca uwagę, że: „W przypadku zamówień objętych projektem współfinansowanym, podstawą uznania określonych robót budowlanych jako odrębnych zamówień nie może być:

- 1) brak dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, założeń wyjściowych do kosztorysowania, a także cen jednostkowych robót podstawowych – stanowiących podstawę do sporządzania kosztorysu inwestorskiego;
 - 2) brak programu funkcjonalno-użytkowego, planowanych kosztów robót budowlanych – stanowiących podstawę obliczania planowanych kosztów prac projektowych lub obliczania planowanych kosztów robót budowlanych;
 - 3) fakt, że na określone roboty zamawiający złożył kilka wniosków o dofinansowanie w wyniku czego roboty objęte zostały kilkoma umowami o dofinansowanie (projektami), jeżeli w sumie stanowią one jedną całość (obiekt budowlany)
- w przypadku, gdy zamawiający dysponuje szacunkową kwotą ujętą np. w studium wykonalności, jak również to, że wszczęcie konkretnych procedur następować będzie w pewnych odstępach czasowych, a nie jednorazowo”.

Ustalanie wartości zamówienia na rozbiórkę obiektu budowlanego

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie rozbiórki obiektu budowlanego, to mamy do czynienia z zamówieniem na wykonanie robót budowlanych. W takim przypadku, zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wartość zamówienia na wykonanie robót budowlanych ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji

projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Jeżeli wynagrodzeniem za wykonanie rozbiórki budynku mieszkalnego będzie przeniesienie na wykonawcę prawa własności do materiałów porozbiórkowych, które przedstawiają określoną wartość ekonomiczną, to wówczas mamy do czynienia z zamówieniem publicznym. Dochodzi bowiem do przekazania przedstawiającego określoną wartość ekonomiczną, które należy do zamawiającego. W takiej sytuacji, zamiast należnego świadczenia pieniężnego, wykonawca otrzyma świadczenie niepieniężne i w ten sposób nastąpi umorzenie przysługujących mu należności. Zapłata za wykonane świadczenie odbędzie się w formie niepieniężnej, w ramach świadczenia wzajemnego. W takim przypadku podstawą ustalenia wartości zamówienia nie będzie wartość materiałów porozbiórkowych przekazywanych wykonawcy rozbiórki obiektu budowlanego jako forma wynagrodzenia za wykonanie rozbiórki.

Przebudowa ciągu dróg powiatowych z przebudową i budową mostu

W informacji z dnia 12 września 2014 r. o wyniku kontroli doraźnej następczej UZP/DKUE/KD/12/2014⁴ Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (w skrócie „Prezes UZP”) stwierdził, że roboty budowlane polegające na „Przebudowie ciągu dróg powiatowych nr 1033K i 2186K z przebudową mostu nr 86 w K. i budową mostu nr 73 w T.” oraz „Przebudowie ciągu dróg powiatowych nr 2191K i nr 2189K” to jedno zamówienie, którego wartość ustala się łącznie. W ocenie Prezesa UZP podstawą ustalenia, czy określone prace stanowią jedno zamówienie na roboty budowlane czy też zamówienia odrębne, nie mógł być projekt budowlany tylko zakres planowanych prac budowlanych (przedsięwzięcia budowlanego).

W ocenie Prezesa UZP „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 posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu per-

spektywie czasowej) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Pomocną (ale nie decydującą) dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia może być definicja robót budowlanych zawarta w Pzp2004 („przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”).

Prezes UZP zwrócił również uwagę, że „„Obiekt budowlany” oznacza wynik robót budowlanych lub inżynierskich, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. Jednocześnie zgodnie z art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy. Pojęcia projektu budowlanego w rozumieniu art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE nie należy natomiast utożsamiać z przyjętym na gruncie polskiego prawa budowlanego pojęciem projektu budowlanego jako dokumentacji wykonania robót. Pojęcie projektu budowlanego wywodzące się z prawa unijnego ma swoiste znaczenie, które można interpretować jako określone przedsięwzięcie budowlane, dlatego niedopuszczalny jest podział robót objętych zamierzonym przedsięwzięciem budowlanym. Niedozwolone jest zatem wydzielenie do odrębnych postępowań robót budowlanych objętych osobnymi projektami budowlanymi (w rozumieniu prawa budowlanego) w ten sposób, by następnie poprzez odrębne oszacowanie wartości robót budowlanych w oparciu o te projekty udzielać kilku zamówień z pominięciem przepisów dyrektywy. Stąd to nie projekt budowlany powinien być podstawą dla ustalenia, czy określone prace stanowią jedno zamówienie na roboty budowlane czy też zamówienia odrębne. Wyznacznikiem tym powinien być natomiast zakres planowanych prac budowlanych (przedsięwzięcia budowlanego), definicja zamówienia na roboty budowlane oraz art. 9 ust. 5a dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi, że jeżeli proponowane roboty budowlane lub zakup usług może prowadzić do równoczesnego udzielania zamówień w formie odrębnych części, wówczas należy uwzględnić łączną szacunkową wartość wszystkich tych części.

W ocenie Prezesa UZP chodzi o to, by jako jedno zamówienie traktowane były wszystkie prace, które zmierzają do realizacji (albo np. poprawy stanu) obiektu budowlanego rozumianego jako obiekt lub kompleks obiektów spełniających określoną funkcję techniczno-użytkową. Mając to na uwadze, Prezes UZP stwierdził, że „przedmiotem zamówienia zarówno w postępowaniu nr 1, jak i nr 2 jest przebudowa ciągu dróg powiatowych oraz – w postępowaniu nr 1 – modernizacja mostów. Szczegółowy zakres robót budowlanych w obu zamówieniach jest bardzo zbliżony, natomiast połączenie przebudowy drogi i mostów w jednym zamówieniu świadczy o tym, iż jest możliwa realizacja obu elementów przez tego samego wykonawcę, co świadczy o istotnym podobieństwie w zakresie sposobu realizacji ww. robót. Nie ulega zatem wątpliwości, że roboty budowlane objęte przedmiotowymi zamówieniami są tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu. Zatem obydwa zamówienia należy potraktować łącznie jako realizację jednego obiektu budowlanego („budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową” – w myśl przepisów Prawa budowlanego; „wynik robót budowlanych lub inżynierskich, traktowanych jako całość, które może samodzielnie spełniać określoną funkcję gospodarczą lub techniczną” – w myśl przepisów prawa unijnego), czy też jako jedno przedsięwzięcie budowlane (w myśl przepisów prawa unijnego), polegające na remoncie dróg i mostów na określonym obszarze, udzielane przez tego samego zamawiającego i mające takie samo przeznaczenie techniczne – funkcję transportową. Jest to tym bardziej uzasadnione, że odcinek drogi nr (...) – zamówienie nr 1 – jest połączony (stanowi jedną całość) z odcinkiem drogi nr (...) – zamówienie nr 2. Ww. odcinki dróg przebiegają wprawdzie przez dwie różne gminy, nie może to jednak stanowić uzasadnienia dla rozdzielenia zamówień tożsamych przedmiotowo i oddzielnego oszacowania ich wartości”. Prezes UZP nie zgodził się z zamawiającym, że modernizowane ciągi dróg oraz most stanowią kilka odrębnych obiektów budowlanych. Po pierwsze, sam zamawiający połączył w ramach jednego zamówienia roboty budowlane dotyczące dróg i przebiegających w ich sąsiedztwie mostów, co oznacza, że uznał je łącznie za jeden obiekt budowlany o tym samym przeznaczeniu, którego wartość szacunkową należy zsumować. Po drugie, funkcjonalną całość robót budowlanych w niniejszej sprawie stanowi połączony ciąg dróg wraz z mostami, nie zaś odrębnie poszczególne odcinki dróg w tym samym powiecie.

W ocenie Prezesa UZP w odniesieniu do przesłanki dotyczącej tożsamości czasowej należy podkreślić, że w momencie wszczęcia postępowania nr 1 zamawiający posiadał wiedzę co do pełnego zakresu i wartości obydwu zamówień. Potrzeba udzielenia obydwu zamówień uwidoczniła się już w momencie złożenia wspólnego wniosku o dofinansowanie przedsięwzięcia w 2008 r. Wprawdzie zakres zamówienia nr 2 uległ rozszerzeniu w stosunku do pierwotnie przedstawionego w ww. wniosku, jednak nie sposób uznać, że w momencie wszczęcia pierwszego postępowania (17.03.2010 r.) zamawiający nie miał wiedzy o nowych robotach wchodzących w skład zamówienia nr 2, zważywszy, iż wniosek o dofinansowanie zamówienia nr 2 został złożony w dniu 12.02.2010 r.” oraz „Przewidując potrzebę udzielenia dwóch tożsamych przedmiotowo zamówień, zamawiający miał obowiązek oszacować łącznie ich wartość, niezależnie od kwestii otrzymania decyzji o dofinansowaniu tych zamówień. Należy przy tym zauważyć, że Pzp2004 przewiduje możliwość unieważnienia wszczętego postępowania w razie nieprzyznania środków na dofinansowanie (art. 93 ust. 1a).

Prezes UZP za niedopuszczalną uznał interpretację wskazującą, że ilość projektów skierowanych do dofinansowania przekłada się wprost na liczbę zamówień i sposób szacowania ich wartości. Przyjęcie takiej interpretacji prowadzi bowiem do sytuacji, że o sposobie szacowania wartości zamówień i ewentualnie dzielenia ich na części nie będą decydowały obiektywne przesłanki, lecz subiektywne działania zamawiającego, np. w zakresie liczby składanych wniosków, terminów ich składania, zakresu przedmiotowego wniosków itd. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w przedmiotowym stanie faktycznym, gdzie późniejsze otrzymanie decyzji o dofinansowaniu zamówienia nr 2 wynikało z późniejszego złożenia wniosku o dofinansowanie, a więc z czynności i decyzji samego zamawiającego. Nie jest wykluczone, że gdyby zamawiający złożył dwa wnioski jednocześnie, otrzymałby pozytywną decyzję w tym samym czasie.

Prezes UZP uznał również, że została spełniona przesłanka odnosząca się do możliwości realizacji obu przedmiotów zamówienia przez jednego wykonawcę, ponieważ wykonawcy, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty w pierwszym postępowaniu, brali jednocześnie udział w drugim postępowaniu. Ponadto, także pozostali wykonawcy biorący udział w pierwszym z postępowań, składali następnie oferty w drugim postępowaniu.

Modernizacja budynków w zespole szkół⁵

Jak wynikało z przekazanej do Urzędu Zamówień Publicznych dokumentacji, zamawiający przeprowadził 4 rozstrzygnięte postępowania przetargowe związane z realizacją robot budowlanych dla budynku „Szkoly” oraz internatu, a polegające na modernizacji kotłowni a także demontażu starej i montażu nowej instalacji grzewczej w powyższych obiektach:

- Modernizacja centralnego ogrzewania w budynku Szkoły w Zespole Placówek Resocjalizacyjno-Wychowawczych w (...);
- Modernizacja kotłowni stałopalnej na gazową w budynku Szkoły w Zespole Placówek Resocjalizacyjno-Wychowawczych w (...);
- Modernizacja instalacji centralnego ogrzewania w budynku internatu Młodzieżowego Ośrodka Wychowawczego w (...);
- Modernizacja kotłowni stałopalnej na gazową w budynku internatu Młodzieżowego Ośrodka Wychowawczego w (...).

Zamawiający oszacował wartość każdego z postępowań odpowiednio:

- na kwotę: 209 527,82 zł (tj. 47 761,07 euro);
 - na kwotę: 158 853,63 zł (tj. 36 210,08 euro);
 - na kwotę: 117 375,45 zł (tj. 26 755,29 euro);
 - na kwotę: 156 432,62 zł (tj. 35 658,22 euro)
- co łącznie dało kwotę 642 189,52 zł (tj. 146 384,66 euro).

Podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia jest, zgodnie z art. 32 ust. 1 i 4 Pzp2004, całkowite szacunkowe wynagrodzenie bez podatku od towarów i usług ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, przy czym w przypadku udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartość zamówienia stanowi łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości (art. 32 ust. 2 Pzp2004). W ocenie Prezesa UZP doszło do niedozwolonego podzielenia zamówienia na części. Za stwierdzeniem tego faktu przemawiały następujące argumenty.

Roboty budowlane wykonywane były w obrębie jednej miejscowości i jednego kompleksu pedagogicznego (ten sam adres budynków). Wszystkie zamówienia zostały udzielone przez jednego zamawiającego. Zamówienia na roboty budowlane realizowane w budynku „Szkoly” oraz internatu polegające na modernizacji kotłowni, a także demontażu starej i montażu nowej instalacji grzewczej, z uwagi na ich podobieństwo mogły być wykonane przez jedno przedsiębiorstwo (o czym świadczy także fakt, iż wszystkie zamówienia zostały udzielone jednemu wykonawcy). Do ich realizacji niezbędna była analogiczna wiedza fachowa oraz jednakowego rodzaju potencjał techniczny. Dodatkowo, Prezes UZP zauważył, że wszczęcie postępowań na roboty budowlane w każdej części nastąpiło w bardzo bliskich odstępach czasu (6 i 8 czerwca 2007 r.), podobnie jak zawarcie umów (13 i 27 lipca 2007 r.). Również terminy wykonania robot w zakresie każdej części zostały wyznaczone na ten sam okres, tj. od dnia zawarcia umowy do 30 września 2007 r. oraz 10 października 2007 r. We wszystkich czterech postępowaniach oferty złożyli niemal ci sami wykonawcy, co świadczyło także o jednolitym charakterze robót stanowiących przedmiot zamówienia w każdym z postępowań.

Łącznie szacowana wartość robót budowlanych dla budynku „Szkoly” oraz internatu polegających na modernizacji kotłowni a także demontażu starej i montażu nowej instalacji grzewczej w powyższych obiektach wynosiła 146 384,66 euro. Ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia indywidualnie, w stosunku do poszczególnych części zamówienia stanowiło naruszenie art. 32 ust. 4 Pzp2004. Niedopuszczalny podział zamówienia na części spowodował, że zamawiający nie dopełnił obowiązku publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, co stanowiło naruszenie art. 40 ust. 2 Pzp2004. Ponadto wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mogli korzystać z przysługującego im środka ochrony prawnej w postaci odwołania, co biorąc pod uwagę liczbę wniesionych w ramach niniejszych postępowań protestów oraz niezasadność odrzucania ofert z powodu braków w kosztorysach przy wynagrodzeniu ryczałtowym, uniemożliwiło weryfikację działań zamawiającego przez organ odwoławczy.



Podział zamówienia na roboty budowlane w orzecznictwie unijnym

W opinii prawnej „Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym”⁶ Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (w skrócie „ETS”) z dnia 5 października 2000r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98), odnoszący się do sztucznego podziału zamówienia na roboty budowlane (obiektu budowlanego).

Zdaniem ETS „ocena czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z jednym obiektem budowlanym powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które będzie spełniał. Stwierdzenie takiej okoliczności powoduje, iż całość robót budowlanych udzielanych w kilku postępowaniach należy brać pod uwagę w kontekście ustalenia obowiązku stosowania przepisów dyrektywy. (...) istnienie jednego podmiotu zamawiającego i możliwość przeprowadzenia przez przedsiębiorstwo wspólnotowe całości robót opisanych w oddzielnych zamówieniach może stanowić dowód potwierdzający istnienie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy, nie może jednak stanowić w tym względzie kryterium decyzyjnego. Albowiem termin „obiekt budowlany”, który zawiera dyrektywa nie uzależnia istnienia obiek-

tu budowlanego od takich elementów jak liczba podmiotów zamawiających, ani też czy całość robót może zostać przeprowadzona przez jedno przedsiębiorstwo. Decydującym dla kwalifikacji czy seria określonych robót stanowi realizację jednego obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy są więc kryteria gospodarczych i technicznych funkcji spełnianych przez wynik tych robót.”

ETS zauważył również, iż „jest zrozumiałe, że z powodów administracyjnych lub innych, program robót budowlanych zmierzających do wykonania obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektywy może być przedmiotem kilku procedur, których inicjatywa pochodzi od różnych zamawiających. Może tak być na przykład w przypadku budowy drogi przechodzącej przez terytorium kilku władztw lokalnych, z których każdy odpowiada administracyjnie za jej odcinek. Przeprowadzenie kilku procedur nie oznacza jednak możliwości odrębnego szacowania wartości przedmiotu tych procedur. Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości cel dyrektywy nie zostałby osiągnięty, jeżeli zakres stosowania dyrektywy byłby wyłączony z tego powodu, że szacowana wartość każdego odcinka obiektu budowlanego byłaby niższa od progu zastosowania dyrektywy.”

Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „po-
wyższe rozważania ETS prowadził na tle stanu faktycznego dotyczącego serii robót remontowych i rozbudowy istniejących sieci zasilania elektrycznego i

oświetlenia publicznego realizowanych na terenie różnych władztw administracyjnych. Rozpatrując techniczną i gospodarczą funkcję spełnianą przez odnośne sieci zasilania elektrycznego i oświetlenia publicznego ETS zauważył, że sieć zasilania elektrycznego ma na celu, z technicznego punktu widzenia, transport energii elektrycznej przez dostawcę do indywidualnego konsumenta końcowego. W aspekcie gospodarczym konsument musi płacić za to, co zużywa. Natomiast sieć oświetlenia publicznego jest przeznaczona, z technicznego punktu widzenia, do oświetlania miejsc publicznych, korzystając z energii elektrycznej dostarczonej przez sieć zasilania elektrycznego. Władza zapewniająca oświetlenia publiczne sama pokrywa jego koszty, ale następnie odzyskuje wydatkowane kwoty od obsługiwanej populacji, nie dostosowując żądanych sum do korzyści uzyskanych przez odnośne jednostki.”

Powyższa analiza doprowadziła ETS do wniosku, że „po pierwsze sieci zasilania elektrycznego i sieć oświetlenia publicznego mają różne funkcje gospodarcze i techniczne, a więc nie mogą być uważane za stanowiące części jednego obiektu budowlanego. Jednocześnie rozpatrując zarzut Komisji sztucznego podziału robót elektryfikacyjnych na roboty zamawiane przez kilka jednostek władztwa terytorialnego (związki międzygminne) Trybunał uznał ten zarzut za zasadny. W uzasadnieniu ETS stwierdził, że zbyt daleko idąca jest koncepcja uznania za jeden obiekt budowlany całości sieci elektrycznej danego państwa. Niemniej jednak o istnieniu odrębnych obiektów budowlanych nie może decydować fakt odrębności podmiotów odpowiedzialnych za sieci zasilania elektrycznego, ponieważ sieci te mogą być wzajemnie łączone i jako całość spełniają jedną funkcję gospodarczą i techniczną, która polega na dostawie i sprzedaży odbiorcom w danym obszarze administracyjnym energii wytwarzanej i dostarczanej przez określone przedsiębiorstwo.”

W odniesieniu do zarzutu sztucznego podziału robót w zakresie oświetlenia publicznego, ETS nie podzielił stanowiska Komisji stwierdzając, że w odróżnieniu od sieci zasilania elektrycznego sieci oświetlenia publicznego z technicznego punktu widzenia niekoniecznie są współzależne, ponieważ mogą być ograniczone do obszarów zabudowanych i nie są potrzebne żadne połączenia wzajemne między nimi.

Urząd Zamówień Publicznych zwrócił również uwagę, że „podobny problem, związany z udzieleniem w ra-

mach jednego projektu infrastrukturalnego kilku zamówień na roboty budowlane, pojawił się na tle realizacji Sektorowego Programu Operacyjnego Transport, kiedy zarówno Instytucja zarządzająca, jak i Komisja Europejska stwierdzały sztuczny podział zamówienia na części. Dotyczyło to m. in. projektu polegającego na przebudowie szeregu ulic R. w ciągu drogi krajowej nr 4. Realizując powyższy projekt Miasto przeprowadziło kilka odrębnych procedur obejmujących przebudowy ulic z zastosowaniem przepisów właściwych dla wartości szacunkowej każdej z tych budów osobno. Uzasadniając prowadzenie odrębnych postępowań Miasto powołało się na definicje obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego oraz pojęcie ulicy wywodzące się z ustawy o drogach publicznych. Według zamawiającego z definicji tych wywieść można, iż konkretne ulice, jako oddzielne obiekty budowlane, składają się na funkcjonalną kategorię, jaką jest droga krajowa. Dla uznania konkretnej ulicy za obiekt budowlany nie ma więc znaczenia zakwalifikowanie ulicy do danego szlaku komunikacyjnego. O powyższym, zdaniem Miasta, świadczy także posiadanie osobnych metryk dróg i ksiąg obiektu mostowego dla każdego z przedmiotów przeprowadzonych postępowań. Ponadto, w opinii zamawiającego jako odrębny obiekt budowlany należy traktować ulicę w przebiegu od skrzyżowania do skrzyżowania, gdyż ten odcinek drogi stanowi całość funkcjonalno-użytkową i przy remoncie lub przebudowie nie jest konieczne prowadzenie prac na pozostałych odcinkach. Służby Komisji nie podzieliły stanowiska Miasta, oceniając, iż zamawiający dokonał sztucznego podziału zamówienia. Komisja uzasadniając swoje stanowisko wskazała, że fizyczny przedmiot prac w siedmiu różnych sekcjach był taki sam, albowiem dotyczył przebudowy drogi; wszystkie sekcje były zlokalizowane na tym samym obszarze, ponieważ graniczą ze sobą w ciągu drogi krajowej (tworzą drogę krajową). (...) W konsekwencji Komisja Europejska przyjęła, że całość robót łącznie spełnia funkcje gospodarcze i techniczne odpowiadające warunkom uznania za obiekt budowlany w rozumieniu dyrektywy. Z tego względu ogłoszenie o poszczególnych przetargach powinno zostać opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, a procedura – przeprowadzona zgodnie z przepisami wspólnotowymi.”

W opinii Urząd Zamówień Publicznych wyjaśnił również kwestię ewentualnego wpływu sposobu finansowania inwestycji na zasady przeprowadzania postę-

powarów o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych „w przypadku zamówień realizowanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków UE, z uwagi na wyodrębnienie źródła finansowania, zasadniczo jest możliwe oszacowanie zakresu zamówienia dla całego okresu realizacji projektu. W tej sytuacji argumentem na rzecz zakwalifikowania określonych robót budowlanych jako odrębnych zamówień nie może być brak dokumentacji projektowej, w tym kosztorysu inwestorskiego, gdy zamawiający dysponuje już szacunkową kwotą ujętą np. w studium wykonalności. Argumentem takim nie może być także okoliczność zaplanowania, że wszczęcie konkretnych procedur następować będzie w pewnych odstępach czasowych, a nie jednocześnie. Nie może nim być także fakt, że na określone roboty beneficjent złożył kilka wniosków o dofinansowanie w wyniku czego roboty objęte zostały kilkoma umowami o dofinansowanie (projektami), jeżeli w sumie stanowią one jedną całość techniczno-gospodarczą. Należy bowiem zauważyć, że już na etapie planowania procedur przetargowych zamawiający posiada wiedzę odnośnie przedmiotu i przewidywanej wartości zamówienia. Dla oceny czy wobec tożsamości przedmiotowej robót budowlanych i obowiązku zliczenia ich wartości konieczne jest zastosowanie procedur zamówień publicznych, wiedza taka jest wiedzą dostateczną. W oparciu o takie dane zamawiający powinien więc ustalić, czy ma obowiązek zastosowania przepisów ustawy Pzp, a jeżeli tak – to odnoszących się do zamówień o wartości powyżej, czy poniżej określonego progu.

Urząd Zamówień Publicznych zwrócił także uwagę, że przepisy ustawy Pzp, ustawy – Prawo budowlane oraz przepisy dyrektyw (w tym interpretacja dokonana przez ETS) dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia na roboty budowlane kładą nacisk na funkcjonalne znaczenie robót budowlanych. Chodzi zatem o to, by jako jedno zamówienie traktowane były wszystkie prace, które zmierzają do realizacji (albo np. poprawy stanu) obiektu budowlanego jako rzeczy spełniającej ogół funkcji techniczno-użytkowych, do których jest przeznaczona.

Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych „Tożsama wykładnia powinna mieć zastosowanie do oceny czy inwestycja polegająca na budowie (modernizacji) sieci wodociągowej, sieci kanalizacji deszczowej i sieci kanalizacji sanitarnej dotyczy realizacji jednego obiektu (projektu) budowlanego. Przygotowując się do realizacji takiej inwestycji zamawiający powinien

zatem dokonać analizy funkcji technicznej i gospodarczej planowanych robót pod kątem ich tożsamości albo odrębności oraz istnienia albo nie wzajemnych powiązań pomiędzy wynikiem tych robót. Jeżeli w wyniku takiej analizy ustalone zostanie, że budowane (modernizowane) sieci współtworzą w rzeczywistości jedną sieć, gdyż mogą być wzajemnie łączone i jako całość spełniają jedną funkcję gospodarczą i techniczną, zamawiający powinien uwzględnić tę okoliczność i przeprowadzając odrębne procedury stosować przepisy właściwe dla łącznej ich wartości.”

1

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0017/24641/Nowelizacja_PZP_www.pdf s. 15.

2

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0017/24641/Nowelizacja_PZP_www.pdf s. 15.

³<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/zamowienia-publiczne-na-roboty-budowlane-realizowane-w-ramach-jednego-projektu-infrastrukturalnego-a-zakaz-dzielenia-zamowienia-na-czesci-w-prawie-krajowym-i-unijnym>

4

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/24645/KD_12_14.pdf

⁵ „Wyniki kontroli przeprowadzonych w 2009 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej”, s. 11-12; https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/21267/Wyniki_kontroli_UE_2009.pdf

⁶ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/zamowienia-publiczne-na-roboty-budowlane-realizowane-w-ramach-jednego-projektu-infrastrukturalnego-a-zakaz-dzielenia-zamowienia-na-czesci-w-prawie-krajowym-i-unijnym>

Czy na podstawie art. 122 wykonawca może zastąpić podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami trzecimi?



IRENA SKUBISZAK – KALINOWSKA

Radca prawny specjalizujący się w dziedzinie prawa zamówień publicznych i partnerstwa publiczno-prywatnego. Wyróżniona w prestiżowym rankingu indywidualnym prawników Chambers Global w 2016, 2018, 2019, 2020, 2021 i 2022 r., jako jeden z najlepszych specjalistów w dziedzinie zamówień publicznych w Polsce. Były arbiter przy Urzędzie Zamówień Publicznych i ekspert przy Ministerstwie Gospodarki. Wykładowca studiów podyplomowych na Wydziale Prawa i Administracji UW.

W wyroku z dnia 5 lipca 2021 r., XXIII Zs 62/21 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że wykładnia przepisu art. 22a ust. 6 Pzp2004 powinna być dokonywana z uwzględnieniem pierwszeństwa stosowania art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE i konsekwencji 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? Czy na podstawie art. 122 ustawy Pzp wykonawca może zastąpić podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami trzecimi?

Analizując uzasadnienie wyroku w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 62/21 wydaje się, iż skład orzekający oparł swoje stanowisko, niedopuszczające dokonanie jakichkolwiek zmian w sferze podmiotów udostępniających potencjał, o następujące założenia:

- 1) „W razie uznania, iż podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, nie spełniają oczekiwanych wymogów, zamawiający może żądać, aby wykonawca zastąpił ten podmiot. Przepis dyrektywy nie pozwala natomiast na zastąpienie podmiotu trzeciego nie spełniającego wymogów określonych przez zamawiającego przez inny podmiot trzeci. Art. 22a ust. 6 Pzp2004 zezwalający na zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim jest niezgodny z art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. nr (...) w sprawie zamówień publicznych, a wobec tego musi być interpretowany w świetle tejże dyrektywy.”;
- 2) „Wykładnia art. 22a ust. 6 Pzp2004 powinna więc być dokonywana z uwzględnieniem pierwszeństwa stosowania odpowiedniego przepisu dyrektywy 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 (tak: M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2020, wyd. 12, komentarz do art. 22a, nb. 48).”;

- 3) „W konsekwencji przyjmując prounijną wykładnię tego ostatniego przepisu 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.”;
- 4) „Do takiego wniosku prowadzi również wykładania dokonana w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017r. w sprawie C-387/14 E., a w którym przyjęto, że artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 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.”;
- 5) „Orzeczenie powyższe zapadło co prawda w kontekście art. 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., który jednak odpowiada obecnemu art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. nr (...)”.

Nie podzielam ani zaprezentowanego przez Sąd Okręgowy poglądu, ani uzasadniającej go argumentacji.

Najprostszą do obalenia wydaje się teza 5.

Z prostego porównania bowiem obu wspomnianych przepisów jednoznacznie wynika, iż właśnie różnią się one, i to zasadniczo. W art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, we wskazanym akapicie drugim w brzmieniu: *„Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia. (...)”*, prawodawca unijny dodał regulację umożliwiającą wezwanie wykonawcy do „zastąpienia” podmiotu, który nie spełnia warunku udziału lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia.

A zatem dyrektywa 2014/24/UE znacząco, w stosunku do odpowiadającej jej regulacji art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, uelastyczyła etap oceny podmiotowej, dopuszczając wprost możliwość „zastąpienia” (czyli zmiany przez wykonawcę decyzji co do sposobu wykazania kryteriów kwalifikacji), nie występującą w ogóle na gruncie art. 51 dyrektywy 2004/18/WE.

W dalszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie (teza 1 i 2 powyżej), czy rzeczywiście owo „zastąpienie” obejmuje jedynie dokonanie zmiany polegającej na wskazaniu potencjału własnego wykonawcy w miejsce uprzednio wskazanego zasobu podmiotu trzeciego? W mojej ocenie odpowiedź w tym względzie winna być negatywna.

Po pierwsze, ze względów stricte językowych. Otóż użyte w angielskiej wersji przepisu art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE słowo „replace” oznacza oczywiście „zastąpić”, ale jednocześnie tłumaczone jest jako „wymienić”, „podmienić” (zob. *Słownik angielsko-polski terminologii prawniczej i ekonomicznej*; Wiedza Powszechna 1991, str. 519, hasło *replace*, pkt 3. wymienić, zastąpić (**by** <with> sth czymś; **sb by sb** kogoś kimś).

Nie można zatem, w mojej ocenie, formułować poglądu, iż jedyną dopuszczalną zmianą konfiguracji podmiotowej jawi się zastąpienie podmiotu trzeciego przez samego wykonawcę. Równie uprawnioną wyda-

je się być teza, iż przepis art. 63 ust. 1 dyrektywy 14 dopuszcza „wymianę” przez wykonawcę jednego podmiotu udostępniającego na drugi.

Po drugie, nie mniej – a może nawet bardziej istotne – jawi się pytanie o sensowność zaprezentowanej koncepcji (stanowisko przeciwne do przywoływanego w uzasadnieniu wyroku – vide: 1. Irena Skubiszak-Kalinowska – *Czy cudzy potencjał można użyć przy przetargach*; Rzeczpospolita 19 maj 2021 r., <https://www.rp.pl/samorzad/art125261-zamowienia-publiczne-czy-cudzy-potencjal-mozna-uzyc-przy-przetargach>; 2. Irena Skubiszak-Kalinowska – *Konsorcjum w nowym Prawie zamówień publicznych*; *Zamówienia publiczne. Doradca*, 3/2021; 3. I. Skubiszak-Kalinowska – *Przetargi: można łączyć potencjały, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu*; *Rzeczpospolita* 9 lutego 2022 r., <https://www.rp.pl/abc-firmy/art35657431-przetargi-mozna-laczyc-potencjaly-aby-spelnic-warunki-udzialu-w-postepowaniu>). Kierując się bowiem zasadami logiki i elementarnej ekonomiki przy kompletowaniu składu osobowego dla potrzeb złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu / oferty należy zakwestionować racjonalność wskazywania potencjału podmiotu trzeciego w sytuacji, w której dany wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału. Innymi słowy – po co wykonawca miałby poszerzać skład osobowy niezbędny do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o podmiot trzeci, jeżeli samodzielnie posiadałby wymagany potencjał?

Oczywiście teoretycznie można wyobrazić sobie, iż dotyczyłoby to sytuacji, w których wykonawca nie ma pewności czy jego zasoby pozwolą mu wykazać minimalne poziomy zdolności i dlatego, niejako na wszelki wypadek, nawiązuje współpracę z innym podmiotem, a dopiero gdy potencjał tego ostatniego okaże się niewystarczający, sięga po własny. Ale zdarzenia tego typu – statystycznie – są zdecydowanie rzadsze od typowych, w których wykonawca korzysta z zasobów cudzych, ponieważ własnymi nie dysponuje, a gdy te zostaną przez zamawiającego zakwestionowane, podejmuje współpracę z kolejnym podmiotem trzecim.

I wydaje się, iż racjonalny prawodawca unijny, przyjmując nowe przepisy w dyrektywie 2014/24/UE, których zasadniczym celem było przecież odformalizowanie i uelastycznienie procedur w dążeniu do zwiększenia konkurencji, zamierzał objąć ich regulacją ty-

powe i najczęściej występujące w praktyce realia, a nie jedynie przypadki marginalne.

W świetle powyższego trudno podzielić również stanowisko objęte tezą 4. Przytoczone w niej orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (potocznie zwane Esaproject) wydane bowiem zostało pod rządami dyrektywy 2004/18/WE, w szczególności jej art. 51. A regulacja ta, jak już wykazano powyżej, nie zawiera elementu „zastępowalności” wprowadzanego do dyrektywy 2014/24/UE akapitem drugim art. 63 ust. 1.

Zaprezentowana zatem w orzeczeniu Esaproject zasada niezmienności oferty (odpowiednio oczywiście również wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) doznaje, w mojej ocenie, istotnego wyjątku, wprowadzonego właśnie regulacją art. 63 ust. 1. I w tym względzie uzasadnioną wydaje się być supozycja, iż orzeczenie Esaproject nie ma w pełni zastosowania do dokonywanych przez instytucje zamawiające decyzji pod rządami nowej dyrektywy.

W konsekwencji trudno podzielić przedstawiony przez Sąd pogląd o niezgodności art. 22a ust. 6 Pzp2004 z regulacją art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i konieczności dokonywania prounijnej jego wykładni (teza 3).

Ale nawet gdyby stanowisko to okazało się trafnym, to przecież Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie już, orzekając jeszcze w oparciu o ustawę Pzp2004 definitywnie stwierdzała, że dokonanie prounijnej interpretacji regulacji art. 22a ust. 6 Pzp2004 i tym samym zakwestionowanie możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem, wobec jednoznaczności tego przepisu, prowadziłoby do jego wykładni *contra legem*. Przykładowo, w wyroku z dnia 7 listopada 2019 r., KIO 2153/19, Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie wyraziła pogląd, iż z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06, *Impact v. Minister for Agriculture and Food i in.*, EU:C:2008:223; podobnie wyrok z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-105/03, *Postępowanie karne przeciwko Maria Pupino*, EU:C:2005:386) wynika, iż spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa, w szczególności zasadę pewności prawa i zasadę niedziałania prawa wstecz, i nie może służyć

jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem*.

Dlatego też w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ukształtowanym jeszcze pod rządami ustawy Pzp2004, zdecydowanie przeważał pogląd o dopuszczalności zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami (zob. np. wyroki z dnia 17 września 2019 r., KIO 1719/19, z dnia 5 lipca 2019 r., KIO 1150/19, z dnia 1 października 2020 r., KIO 2231/20), w którym Krajowa Izba Odwoławcza również wskazała na prymat zasady pewności prawa, w świetle której nie można kwestionować stosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia instytucji w sposób jednoznaczny uregulowanej w przepisach ustawy krajowej. Natomiast stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 października 2018 r., KIO 2083/18, m. in. na którym Sąd Okręgowy w analizowanym wyroku oparł swoją argumentację, jest rozstrzygnięciem jednostkowym.

Przechodząc do odpowiedzi na pytanie, jak w świetle komentowanego orzeczenia, należy interpretować aktualnie obowiązujący art. 122 ustawy Pzp w brzmieniu: *„Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”*, dość można do jedyne, w mojej ocenie, sensownego wniosku – należy stosować wykładnię językową, która w sposób oczywisty i wprost dopuszcza zarówno dokonywanie zamiany negatywnie zweryfikowanego podmiotu trzeciego na inny podmiot, jak również – co w rzeczywistości, z powodów wskazanych powyżej, występuje marginalnie – zastąpienie potencjału cudzego zasobami własnymi wykonawcy.

Przyjąć zatem należy, iż norma przepisu art. 122 ustawy Pzp wprowadza (w mojej ocenie podobnie jak regulacje art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE) do polskiej ustawy wyjątek od zasady niezmienności treści oferty / wniosku. Pozostaje zatem mieć nadzieję, iż omawiany wyrok Sądu Okręgowego – co jeszcze raz wymaga zdecydowanego podkreślenia – oparty na jednostkowym, i to wydanym w jednoosobowym składzie, wyroku KIO 2083/18 – nie

stanie się podstawą do podejmowania nieprawidłowych decyzji przez instytucje zamawiające. Na marginesie tylko, z przykrością odnotować należy całkowitą bierność w tak ważnej sprawie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Jak już powyżej zasygnalizowano, incydentalny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, pozostający w jawnej sprzeczności z opublikowaną oficjalną opinią Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 sierpnia 2017 r. *„Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”*, nie został ani zaskarżony stosowną skargą do Sądu Okręgowego, ani nie została dokonana przez Urząd Zamówień Publicznych reasumpcja przedmiotowej opinii. Powołany zatem m. in. do stania na straży przestrzegania i jednolitości prawa zamówień publicznych Urząd Zamówień Publicznych zignorował problem, przyczyniając się tym samym do pogłębienia chaosu w tej, jakże ważnej dla prawidłowego udzielania zamówień publicznych, materii.

Niestety również w zagranicznym piśmiennictwie problematyka aktualności orzeczenia Esaproject pod rządami nowej dyrektywy 2014/24/UE w odniesieniu do zasady niezmienności oferty zasadniczo jest pomijana. W najnowszej publikacji, tj. *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU* (Edward Elgar Publishing, 2021) znalazło się natomiast w tym względzie następujące stwierdzenie: *„Możliwość zastąpienia podmiotu, który nie spełnia istotnych kryteriów selekcji lub istnieją w stosunku do niego obligatoryjne podstawy wykluczenia, jest szeroka w porównaniu do orzecznictwa dotyczącego podmiotów grupowych w oparciu o artykuł 19 (patrz komentarz do art. 19, paragraf 19.17). Odpowiedni przepis w polskim prawodawstwie jest szeroko interpretowany aby umożliwić wykonawcy, który w przypadku kiedy zda sobie sprawę, że nie spełnia kryteriów, może polegać na podmiocie trzecim, który nie występował w oryginalnej ofercie”* (vide: Roxana Vornicu, teza nr 63.14, str. 682).

Autorka komentarza nie opatrzyła powyższej konstatacji żadnym dodatkowym stwierdzeniem, w szczególności w przedmiocie ewentualnej niezgodności art. 122 ustawy Pzp z dyrektywą 2014/24/UE oraz konieczności dokonywania jakiegokolwiek prounijnej wykładni w tym względzie. Nie jest to oczywiście argument przesądzający, niemniej jednak warty odnotowania.

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną, fundamentalną w mojej ocenie, kwestię – tj. zasadę równego traktowania wykonawców. Jak słusznie skład orzekający w komentowanym wyroku Sądu Okręgowego stwierdził: „Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 1 Pzp2004 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 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**”.

Jest to teza (niezależnie od okoliczności, iż wygłoszona na poparcie odmiennego niż prezentowany przeze mnie pogląd) ze wszech miar słuszna. Każdy z wykonawców, niezależnie od konfiguracji podmiotowej, w której ubiega się o udzielenie zamówienia, winien być bowiem równo i sprawiedliwie traktowany.

W moim przekonaniu zasadzie tej rażąco przeczy art. 123 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.”

Przepis art. 123 ustawy Pzp różnicuje bowiem sytuację wykonawcy, który samodzielnie podejmuje próbę wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, od konkurenta powołującego się już na początkowym etapie postępowania na potencjał cudzy, *de facto* przyznając temu ostatniemu dodatkowe możliwości sanowania braków.

Ale to już jest materia na inną dyskusję...





IRENA SKUBISZAK - KALINOWSKA

Radca prawny, Od 2002 r. właściciel Kancelarii ISK.

Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji na Uniwersytecie Warszawskim,
Poddyplomowego Studium Prawa Europejskiego, Poddyplomowego Studium Prawa Własności
Intelektualnej (UW), a także Poddyplomowych Studiów Prawo Konkurencji
Instytutu Nauk Prawnych PAN.

Doktorantka w Katedrze Postępowania Cywilnego WPiA UW.

Członek Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, z ramienia której jest ekspertem
i członkiem zespołów doradczych przy Urzędzie Zamówień Publicznych, zajmujących się
rekomendacjami dla zakupów sprzętu oraz systemów IT, Ogólnopolskiego Stowarzyszenia
Konsultantów Zamówień Publicznych i Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych.

Były arbiter przy Urzędzie Zamówień Publicznych oraz ekspert przy Ministerstwie Gospodarki.

Wykładowca na studiach poddyplomowych. Prowadzi zajęcia z aplikantami radcowskimi
oraz szkolenia zawodowe dla radców prawnych.

Wyróżniona w prestiżowym rankingu indywidualnym prawników Chambers Global
w latach 2016, 2018 oraz 2019 - 2022, jako jeden z najlepszych specjalistów
w dziedzinie zamówień publicznych w Polsce.

www.skubiszak.pl

ISK KANCELARIA RADCY PRAWNEGO
IRENA SKUBISZAK - KALINOWSKA
ul. Narbutta 40 lok. 12, 02-541 Warszawa
Tel. 22 898 83 70, 22 898 83 71, 22 898 83 72
NIP: 527 117 50 33
sekretariat@skubiszak.pl
www.skubiszak.pl

Weryfikacja nowych podstaw wykluczenia w świetle ustawy „sankcyjnej”

AGRESJA FEDERACJI ROSYJSKIEJ NA SUWERENNE PAŃSTWO JAKIM JEST UKRAINA
SPOTKAŁA SIĘ ZE ZDECYDOWANĄ REAKCJĄ UNII EUROPEJSKIEJ W ZAKRESIE SZEROKIEGO
SPEKTRUM SANKCJI EKONOMICZNYCH I GOSPODARCZYCH, W TYM RÓWNIEŻ DOTYCZĄCYCH
RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, A UZUPEŁNIENIEM UNIJNYCH REGULACJI W TYM ZAKRESIE
STAŁA SIĘ USTAWA Z DNIA 13 KWIETNIA 2022 R. O SZCZEGÓLNYCH ROZWIĄZANIACH W ZAKRESIE
PRZECIWDZIAŁANIA WSPIERANIU AGRESJI NA UKRAINĘ ORAZ SŁUŻĄCYCH OCHRONIE BEZPIE-
CZEŃSTWA NARODOWEGO, KTÓRA WESZŁA W ŻYCIE W DNIU 16 KWIETNIA 2022 R.



IRENEUSZ ŻARŁOK

Radca prawny od 16 lat zajmujący się problematyką zamówień publicznych, głównie związany z administracją samorządową. Reprezentuje zarówno zamawiających jak i wykonawców w ramach prowadzonych postępowań oraz na etapie realizacji umowy. Prowadzi wykłady i szkolenia z zakresu zamówień publicznych dla radców prawnych, aplikantów radcowskich oraz pracowników jednostek zamawiających.

Szereg podjętych w ostatnim czasie decyzji Rady Unii Europejskiej, wdrożonych następnie mocą rozporządzeń tego organu, zmieniły dotychczas obowiązujące akty normatywne regulujące nałożone sankcje na Federację Rosyjską oraz Białoruś. Dotyczy to w szczególności rozporządzeń:

- 1) Rady (WE) nr 765/2006 z dnia 18 maja 2006 r. dotyczące środków ograniczających w związku z sytuacją na Białorusi i udziałem Białorusi w agresji Rosji wobec Ukrainy¹ (dalej: „rozporządzenie 765/2006”),
- 2) Rady (UE) nr 269/2014 z dnia 17 marca 2014 r. w sprawie środków ograniczających

w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających² (dalej: „rozporządzenie 269/2014”).

Rozszerzono finansowy aspekt ograniczeń, w szerszym stopniu formułując obowiązek w zakresie zamrażania i nieudostępniania funduszy czy zasobów gospodarczych podmiotom wymienionym w załącznikach do tych rozporządzeń, jak również zdecydowano się na wdrożenie pakietów sankcyjnych dotyczących sektora energetycznego.

W tym ujęciu wymieniona na wstępie ustawa z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrai-

¹ Wersja polskojęzyczna do zapoznania dostępna pod adresem: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:02006R0765-20220413&from=EN>

² Wersja polskojęzyczna do zapoznania dostępna pod adresem: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:02014R0269-20220414&from=EN>

nę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (określona w środowisku praktyków z zakresu zamówień publicznych ustawą „antyrosyjską”, ale dla potrzeb tego opracowania zwana ustawą sankcyjną), wprowadza dodatkową sankcję nieprzewidzianą we wskazanych rozporządzeniach 765/2006 czy 269/2014, polegającą na wykluczeniu określonych podmiotów z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. Na mocy art. 7 ust. 1 tej ustawy wprowadzono trzy nowe przesłanki o charakterze represyjnym, powodujących wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: *ustawa Pzp*) następujących kategorii wykonawców lub uczestników konkursów:

- 1) wymienionych w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisanych na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 (tj: polegającego na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp);
- 2) których beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2022 r. poz. 593 i 655) jest osoba wymieniona w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisana na listę lub będąca takim beneficjentem rzeczywistym od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3;
- 3) których jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2021 r. poz. 217, 2105 i 2106) jest podmiot wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisany na listę lub będący taką jednostką dominującą od dnia 24 lutego 2022 r., o ile został wpisany na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3.

Jak już zaznaczono, sankcją za ubieganie się takiego podmiotu (spełniającego co najmniej jedno z powyższych kryteriów) o udzielenie zamówienia jest:

- a) odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub oferty takiego wykonawcy lub uczestnika konkursu, albo
 - b) brak zaproszenia go do złożenia oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacjom, oferty dodatkowej, oferty lub oferty ostatecznej, albo
 - c) brak zaproszenia go do negocjacji lub dialogu, a także brak prowadzenia z takim wykonawcą negocjacji lub dialogu, albo
 - d) odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie, brak zaproszenia do złożenia pracy konkursowej lub brak przeprowadzenia oceny pracy konkursowej
- odpowiednio do trybu stosowanego do udzielenia zamówienia publicznego oraz etapu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 3 ustawy).

Wykluczenie następuje na okres znajdowania się takich wykonawców na wykazach zawartych w rozporządzeniach: 765/2006 oraz 269/2014 lub na liście prowadzonej przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy sankcyjnej).

Dokonując oceny wykonawców pod kątem spełniania przez nich nowych przesłanek wykluczających ich z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy konkursu, nie można tracić z pola widzenia tego, iż procedura ta winna mieć miejsce w toku prowadzonego postępowania. W tym względzie wydaje się, że analizowany przepis ustawy nie wprowadza odmiennego, nowego trybu skutkującego podjęciem przez zamawiającego czynności niejako „poza” prowadzonym postępowaniem, w ramach „quasi-sledztwa” polegającego na kontroli wykonawców w zakresie wskazanych podstaw. Potwierdzenia tej tezy należy szukać w art. 22 ustawy sankcyjnej, nakładającej na zamawiających obowiązek dostosowania dokumentacji zamówienia lub regulaminu konkursu w terminie 14 dni od dnia wejścia w życie ustawy (w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów wszczętych i niezakończonych do dnia 16 kwietnia 2022 r.). Okres ten można odczytywać jako przejściowy, jeżeli chodzi o zastosowanie sankcji, bowiem wykluczenie rozpoczyna się właśnie po upływie 14 dni od wejścia w życie tej

ustawy. Tym samym ustawodawca stworzył przestrzeń czasową celem przygotowania rozpoczętych postępowań czy konkursów do zastosowania nowej sankcji, poprzez dokonanie odpowiednich modyfikacji dokumentacji.

Stwierdzenie to ma istotne znaczenie z punktu widzenia czynności zamawiającego, związanego przecież regulacją zawartą w ustawie Pzp. Naczelną zasadą wynikającą z art. 57 wspomnianej ustawy jest możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu (o ile te zostały przez zamawiającego określone). Wykluczenie wykonawcy dokona się w przypadku zaistnienia wobec niego którejkolwiek ze sprecyzowanych podstaw uniemożliwiających mu dalsze uczestnictwo w postępowaniu. Koniecznym jest jednak zauważyć, iż przepis art. 57 ustawy Pzp nie ogranicza się do przesłanek wykluczenia w tej ustawie wymienionych, co pozwala na rozszerzenie badania ofert na przesłanki wynikające także z innych aktów prawnych – w tym i tych wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. To zaś implikuje przeprowadzenie weryfikacji w oparciu o dokumenty określone przepisami ustawy Pzp oraz jej rozporządzeń wykonawczych.

Zarówno w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i progu tego nie przekracza-

jących, wstępna ocena faktu podlegania wykluczeniu dokonywana jest na podstawie oświadczenia wymienionego w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – przybierającego w zależności od wartości zamówienia postać formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ; postępowanie o wartości zamówienia równej lub przekraczającej próg unijny) lub dokumentu o treści zgodnej ze wzorem przygotowanym najczęściej przez zamawiającego (postępowanie o wartości zamówienia mniejszej niż próg unijny). Oświadczenie to, stanowiące dowód potwierdzający m.in. brak podstaw wykluczenia w zakresie sprecyzowanym przez zamawiającego, wykonawcy dołączają do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty (art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp).

Na zasadzie wyjątku zamawiający może odstąpić od jednoczesnego składania tego oświadczenia wraz z ofertą w przypadku prowadzenia postępowania z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (art. 139 ust. 2 ustawy Pzp), lub nawet zrezygnować z jego złożenia w przypadku wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (art. 217 ust. 3 oraz art. 306 ust. 2 ustawy Pzp).

Złożenie wspomnianego oświadczenia w postępowaniach z terminem składania ofert po dniu 30 kwietnia 2022 r. winno zatem również potwierdzać brak podstaw wykluczenia wykonawcy z przesłanek określonych w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. W przypadku wyznaczonego terminu składania ofert przed tą datą,



z racji nierozpoczęcia się okresu wykluczenia, złożenie takiego oświadczenia nie będzie wywoływać żadnego skutku (oświadczenie bowiem stanowi dowód na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert – art. 125 ust. 3 ustawy Pzp). Nie oznacza to zaniechania kontroli tej przesłanki wykluczenia – brak podlegania wykluczeniu ze wszystkich uwzględnionych przez zamawiającego podstaw winien być utrzymywany aż do zakończenia postępowania, które kończy się wraz z podpisaniem umowy.

Przesłanka wykluczenia z ustawy sankcyjnej obejmie oczywiście każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, skoro każdy z nich zobligowany jest – na mocy art. 125 ust. 4 ustawy Pzp – do złożenia własnego oświadczenia, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia. Weryfikacja przesłanki wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej dotknie także podmiot udostępniający zasoby na rzecz wykonawcy (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej). Zgodnie z art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wy-

kluczenia tego podmiotu. Nie ma zatem żadnych powodów, które pozwalałyby na odstąpienie od badania podstaw wykluczenia wynikających z ustawy sankcyjnej również względem podmiotu udostępniającego zasoby.

O ile weryfikacja wykonawcy lub wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia czy podmiotu udostępniającego zasoby przeprowadzana pod kątem przesłanek wykluczenia jest obligatoryjna, to obowiązek ten nie jest wymagany w przypadku podwykonawców, którym zostanie powierzona realizacja części przedmiotu zamówienia – choć zaznaczyć w tym miejscu trzeba, iż podwykonawca będący jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby zostanie poddany tej ocenie (w takim przypadku decydujące znaczenie będzie miał fakt udostępnienia zasobów i w konsekwencji nakaz zbadania podstaw wykluczenia wobec takiego podmiotu). Fakultatywność dokonania oceny podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby w zakresie podstaw wykluczenia przewiduje art. 462 ust. 5 ustawy Pzp, stanowiąc, iż w przypadkach zamówień na roboty budowlane, usługi (niezależnie, czy miałyby być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającemu, czy też nie) lub dostawy, kontrola taka dotyczyć będzie pod-



staw wykluczenia o których mowa w art. 108 i 109 ustawy Pzp. Mylące przy tym jest użycie przez ustawodawcę sformułowania odwołującego się tylko do podstaw wykluczenia zawartych w konkretnych przepisach, tj. art. 108 i 109 ustawy Pzp – sugerować mogłoby to bowiem, iż badanie będzie obejmować wszystkie przesłanki wykluczenia wymienione w tych przepisach (obowiązkowe z art. 108 i dodatkowe z art. 109 ustawy Pzp) niezależnie od faktycznie wymaganych przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku rezygnacji przez zamawiającego z wprowadzenia przesłanek wykluczenia o charakterze fakultatywnym doszłoby do sytuacji, w której wykonawca czy podmiot udostępniający zasoby podlegałby ocenie w mniejszym zakresie aniżeli podwykonawca – co przy założeniu dobrowolności całej procedury weryfikacyjnej dokonywanej względem podwykonawcy byłoby sprzeczne z ideą takiego procesu ocennego.

Przyjąć zatem należy, iż chodzi tu raczej o sprawdzenie podwykonawcy pod kątem występowania tożsamy, jak w przypadku wykonawcy, podstaw wykluczenia. Tym samym, o ile zamawiający zdecyduje się zbadać przesłanki wykluczenia także wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby, kontrola ta obejmie również przesłankę z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. Wprowadzenie nowej sankcji w postaci wykluczenia wykonawców z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne nie zostało skorelowane ze wskazaniem podmiotowych środków dowodowych służących zbadaniu występowania tych przesłanek wykluczenia. Prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ograniczony jest do żądania podmiotowych środków dowodowych ujętych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r.³ (dalej: *rozporządzenie dokumentowe*) Dokumenty te jednakże odpowiadają przesłankom wykluczenia z ustawy Pzp i nie zostały przewidziane dla dodatkowych, pozaustawowych podstaw wykluczenia.

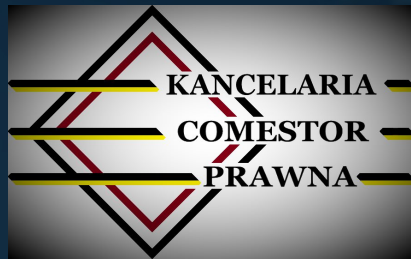
Przygotowana odpowiedź Urzędu Zamówień Publicznych odnosząca się do rodzaju podmiotowych środków dowodowych dla zweryfikowania nowej przesłanki wykluczenia⁴ zdaje się pomijać fakt nałożonego

limitu tych środków do określonych ww. rozporządzeniem dokumentowym, sugerując, iż kontrola wystąpienia tej przesłanki może zostać dokonana za pomocą wszelkich dostępnych podmiotowych środków dowodowych, w tym przykładowo: „oświadczeniem własnym wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej, odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część, informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych”. Problem polega na tym, że dokumenty te albo nie zostały wymienione w ww. rozporządzeniu dokumentowym (np. oświadczenie własne wykonawcy dotyczące nowej przesłanki wykluczenia), albo jeżeli istnieją – to nie są składane dla celów potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, lecz spełniania warunków udziału w postępowaniu (np. roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe lub jego część).

O ile w przypadku prowadzenia postępowań o wartości poniżej progu unijnego zamawiający może nie żądać żadnych podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, poprzestając tym samym na złożonym oświadczeniu własnym wykonawcy z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (które podmiotowym środkiem dowodowym nie jest), o tyle w sytuacji postępowań o wartości równej lub powyżej progu unijnego badanie podstaw wykluczenia z wykorzystaniem podmiotowych środków dowodowych jest konieczne (art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp: „*W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia*”). Remedium na brak możliwości żądania takich dokumentów będzie samodzielne pozyskanie wykazów podmiotów objętych sankcjami będących załącznikami do rozporządzenia 765/2006 oraz rozporządzenia 269/2014, czy listy takich podmiotów opublikowanej w Biuletynie Zamówień Publicznych prowadzonym przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, w oparciu o uprawnienie wynikające z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w przypadku gdy „*może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków*”.

³ Dz. U. z 2020 r., poz. 2415

⁴ <https://www.uzp.gov.pl/ukraina/pytania-i-odpowiedzi>



Ireneusz Żarłok



Radca prawny, od 16 lat zajmujący się tematyką zamówień publicznych.

Ukończył studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego oraz aplikację radcowską w OIRP w Katowicach. Zawód radcy prawnego wykonuje od 2006 r., początkowo jako wspólnik w spółkach partnerskich, a obecnie prowadząc własną kancelarię prawną.

Głównie związany z administracją samorządową poprzez świadczenie na rzecz kilku jednostek samorządu terytorialnego obsługi prawnej w różnym zakresie.

Z racji zainteresowań i specjalizacji koncentruje się na zadaniach dotyczących zamówień publicznych.

Reprezentuje interesy zarówno zamawiających jak i wykonawców w ramach prowadzonych postępowań zamówieniowych czy też na etapie realizacji tychże.

Prowadzi wykłady i szkolenia z zakresu zamówień publicznych dla radców prawnych, aplikantów radcowskich oraz pracowników jednostek zamawiających.

**KANCELARIA PRAWNA COMESTOR
RADCA PRAWNY IRENEUSZ ŻARŁOK**

ul. Wojska Polskiego 3/122, 41-400 Mysłowice
tel. 501 492 870, izarlok@comestor.pl

Zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia



MIKOŁAJ KOŁECKI

Adwokat. Autor publikacji z dziedziny prawa zamówień publicznych. Specjalizuje się w problematyce umów o roboty budowlane



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii
specjalizującej się z zamówieniach publicznych

Problematyka wcześniejszego zaangażowania 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 (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), została uregulowana w przepisach art. 85 i art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy 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 szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert (art. 85 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp). W takim przypadku zamawiający jest obowiązany wskazać w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji (art. 85 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp).

Przepis art. 85 ustawy Pzp nawiązuje do art. 57 ust. 4 lit. f oraz art. 41 dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. f oraz art. 41 dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, między innymi w sytuacji, kiedy zakłócenie konkurencji, wynikające z wcześniejszego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej dolegliwych środków. Z kolei w myśl 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 trybie wstępnych konsultacji rynkowych (art. 40 dyrektywy 2014/24/UE) czy nie, bądź też w inny sposób są zaangażowani w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, wówczas instytucja zamawiająca zobowiązana jest do podjęcia odpowiednich środków, celem zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie spowoduje zakłócenia konkurencji, ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości postępowania.

Na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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.

W przypadku wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp istotne jest czy istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zaangażowaniem w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a sporządzeniem oferty, tj. czy udział wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej umożliwił wykonawcy sporządzenie oferty na lepszych warunkach i uzyskanie zamówienia.

Celem przepisu jest więc wykluczenie z postępowania tych podmiotów, które poprzez uczestnictwo w jego przygotowaniu nabyły wiedzę, mogącą je sytuować w lepszej pozycji, niż pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, tak aby spełniona została zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu (art. 85 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp).

Użyte w art. 85 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp sformułowanie „wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert” oznacza obowiązek wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem wpływu rodzaju istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania na czas niezbędny do przygotowania i złożenia ofert.

Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia będzie podlegać wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przy-

padku, gdy niemożliwe będzie wyeliminowanie spowodowanego tym zaangażowaniem zakłócenia konkurencji w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu (zob. art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

Konieczność zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji ma miejsce wyłącznie w sytuacji zaistnienia przesłanki do wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wynika to z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Stosując wnioskowanie a contrario, jeśli wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający wyeliminował zakłócenie konkurencji spowodowane udziałem tego wykonawcy w przygotowaniu postępowania, to wykonawca nie musi udowadniać, że jego udział w postępowaniu zakłóci konkurencję. W takim przypadku zamawiający nie musi zapewniać takiemu wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

W przepisach art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest mowa wyłącznie o zakłóceniu konkurencji, a więc o stanie zaistniałym w danym postępowaniu, możliwym do stwierdzenia w racjonalny i zobiektywizowany sposób. Uznanie, że w danym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji nie może opierać się tylko na subiektywnym przekonaniu zamawiającego lub jego ogólnych stwierdzeniach.

Wykluczenie z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w celu zapewnienia prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być zastosowane wyłącznie wtedy, gdy skorzystanie z innych środków przez zamawiającego nie jest możliwe. Niezbędnym, w związku z imperatywnym charakterem art. 85 ust. 2 zdanie drugiej ustawy Pzp, działaniem zamawiającego jest zapewnienie wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Ciężar dowodu leży po stronie wykonawcy składającego w postępowaniu ofertę, a który to wykonawca (lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej) brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik a także osoba wykonująca pracę

na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania.

Ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, zamawiający jest obowiązany do wyjaśnienia wykonawcy z jakich przyczyn nie uznał, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Jest to istotne ze względu na uprawnienie wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej zmierzających do zakwestionowania nieprawidłowej, zdaniem wykonawcy, oceny przedstawionych zamawiającemu wyjaśnień.

Sam fakt udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Zamawiający musi wykazać, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania spowodował zakłócenie konkurencji oraz że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie z postępowania wykonawcy. Z samego faktu zaangażowania w przygotowanie postępowania wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej nie wynika domniemanie prawne, że wykonawca taki miał przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania (nie stanowi to podstawy wykluczenia z postępowania wykonawcy).

Mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i wynikające z niego dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje, zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości (zob. wyrok z dnia 28 lutego 2020 r., KIO 302/20). 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. Badanie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp musi uwzględniać okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że w danym postępowaniu zaszła okoliczność, którą w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się jako typowy przykład zakłócenia konkurencji (zob. wyrok z dnia 27 lutego 2019 r., KIO 263/19).

Analiza przepisów art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 85 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że na gruncie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest przeanalizowanie, czy w postępowaniu w ogóle doszło do zakłócenia konkurencji przez zaangażowanie się danego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. W razie pozytywnych wyników tej analizy, zamawiający ma obowiązek rozważenia możliwości wyeliminowania tego stanu za pomocą środków innych niż wykluczenie takiego wykonawcy (adresatem przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest bowiem zamawiający). W przypadku, w którym zamawiający dojdzie do wniosku, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający jest obowiązany – umożliwić wykonawcy, którego zamierza wykluczyć, udowodnienie, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Dopiero po wyczerpaniu tej procedury zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę, a jego ofertę odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 19 października 2018 r., KIO 2037/18, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, 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. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podzielił prezentowany w orzecznictwie pogląd, iż sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia dokumentacji 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.

W wyroku z dnia 2 lutego 2021 r., KIO 3535/20 Krajowa Izba Odwoławcza za chybioną uznała argumentację odwołującego, że upływ trzech lat od sporządzenia dokumentacji projektowej i duża ilość realizowanych przez niego zleceń w zakresie projektowania,

powoduje, że znajdował się w takiej samej sytuacji, jak inni wykonawcy. W ocenie składu orzekającego opracowanie dokumentacji projektowej, która wiązała się z przeprowadzeniem inwentaryzacji istniejącego oświetlenia, oznaczało, że odwołujący znacznie wcześniej pozyskał wiedzę o przedmiocie zamówienia, znał ewentualne ryzyka z nim związane, co stawiało go w zdecydowanie korzystniejszej pozycji, niż innych wykonawców, którzy dopiero po ogłoszeniu o zamówieniu, mogli rozpocząć analizę dokumentacji postępowania, w tym opis przedmiotu zamówienia, mogli zadawać zamawiającemu pytania (na które odpowiedzi udzielał także odwołujący) i oczekiwać na odpowiedź, zanim podejmą decyzję o udziale w postępowaniu i przystąpią do sporządzenia oferty. Ponadto odwołujący mając świadomość tego, że będzie pełnił nadzór autorski nad realizacją zamówienia mógł zaoferować takie rozwiązania, które zoptymalizowały koszty realizacji przez niego zamówienia. Taka możliwość nie była dostępna innym wykonawcom. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że podnoszona przez odwołującego argumentacja, iż ceny ofert złożonych w postępowaniu mieszczą się w kwocie przeznaczonej na ten cel przez Zamawiającego, nie wpływa na zmianę powyższej oceny.

Skład orzekający nie podzielił również stanowiska odwołującego, iż do jego wykluczenia z postępowania doszło „niejako automatycznie”, jak też sugestii, że nastąpiło to wyłącznie z uwagi na to, że opracował dokumentację projektową, stanowiącą opis przedmiotu zamówienia. Skoro odwołujący sporządził dokumentację projektową stanowiącą opis przedmiotu zamówienia, kosztorys inwestorski sporządzony przez Odwołującego jest opatrzony datą 6 sierpnia 2020 r., a zamówienie zostało wszczęte w dniu 7 października 2020 r., to nie można uznać za wiarygodne twierdzenia odwołującego, że dysponował taką samą, w tym samym czasie pozyskaną, wiedzą o zamówieniu jak inni wykonawcy. Ponadto udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców składane po wszczęciu postępowania, miał istotny wpływ na treść udzielonych odpowiedzi. Zamawiający miał zatem podstawy do uznania, iż wystąpiła przesłanka wykluczenia z postępowania wykonawcy.

Do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, przez przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy

lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej, w przygotowanie postępowania, oraz wyznaczył odpowiedni termin na złożenie ofert. Wówczas zakłócenie konkurencji jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania przez samego zamawiającego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, iż domniemanie zakłócenia konkurencji, powstałe w wyniku udziału wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, może zostać wyeliminowane zarówno przez samego zamawiającego, jak i przez wykonawcę.

W wyroku z dnia 25 października 2018 r., KIO 1974/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że (...) zarówno przepisy dyrektywy 2014/24/UE i art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp 2004, jak i powiązane z nim art. 24 ust. 10 i art. 31d ustawy Pzp, nie precyzują, który podmiot jest wyłącznie odpowiedzialny za podjęcie działań przeciwdziałających zakłóceniu konkurencji, w przypadku udziału w postępowaniu wykonawcy biorącego wcześniej bezpośrednio lub pośrednio udział w jego przygotowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania przez samego zamawiającego. Przepis art. 85 ustawy Pzp nie wprowadza domniemania, że każdy udział w przygotowaniu postępowania wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej, powoduje zakłócenie konkurencji. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że w danej sprawie zaszła okoliczność, którą w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się jako typowy przykład zakłócenia konkurencji. Dopiero, w przypadku, w którym zamawiający dojdzie do wniosku, że wykonawca podlega wykluczeniu, powinien, zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji.

Funkcjonowanie komisji przetargowej

SPRAWNOŚĆ DZIAŁANIA KOMISJI PRZETARGOWEJ TO RÓWNIEŻ POWOŁANIE W SKŁAD KOMISJI PRZETARGOWEJ OSÓB, KTÓRE POSIADAJĄ KWALIFIKACJE ZWIĄZANE Z PRZEDMIOTEM ZAMÓWIENIA ORAZ CZYNNOŚCIAMI, KTÓRE DANY CZŁONEK KOMISJI PRZETARGOWEJ BĘDZIE DOKONYWAŁ.



MIKOŁAJ KOŁECKI

Adwokat. Autor i współautor publikacji z dziedziny prawa zamówień publicznych. Specjalizuje się w problematyce umów o roboty budowlane

Powołanie komisji przetargowej

Problematyka powołania i pracy komisji przetargowej została uregulowana w art. 53–55 ustawy Pzp.

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 53 ust. 1 ustawy Pzp).

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową (art. 53 ust. 2 ustawy Pzp).

Komisja przetargowa może mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań (art. 55 ust. 3 ustawy Pzp).

Członkami komisji przetargowej mogą być pracownicy zamawiającego lub osoby nie będące pracownikami zamawiającego. Powołanie do komisji przetargowej osób nie będących pracownikami zamawiającego powinno mieć miejsce w sytuacjach wyjątkowych. Powołanie komisji przetargowej i dokonywanie zmian w jej składzie to czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego.

Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech członków (art. 52 ust. 3 ustawy Pzp).

Na podstawie art. 52 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp kierownik zamawiającego może powierzyć powołanie komisji przetargowej pracownikowi zamawiającego, w formie pisemnej.

Jeżeli zamawiający zdecyduje się na przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego, w ramach pomocniczych działań zakupowych, własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej (art. 37 ust. 2 ustawy Pzp), może powierzyć komisji przetargowej tylko niektóre czynności związane z przygotowaniem postępowania lub czynności w postępowaniu.

Użyte w art. 53 ust. 1 ustawy Pzp wyrażenie „do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia” oznacza czynności w postępowaniu.

Pojęcie „postępowania o udzielenie zamówienia” zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 18 ustawy Pzp.

Przez „postępowanie o udzielenie zamówienia” należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie za-

proszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

Z definicji „postępowania o udzielenie zamówienia” wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia obejmuje czynności prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem. Są to czynności merytoryczne, a nie o charakterze organizatorskim.

Za czynność prowadzącą do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie można uznać m. in. prowadzenia protokołu postępowania, zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierające informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania oraz przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zawierającego informację o wynikach tego postępowania.

Czynności w postępowaniu to czynności dokonywane od wszczęcia postępowania do zakończenia postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania (art. 254 ustawy Pzp).

W trybie przetargu nieograniczonego zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 130 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

W trybie podstawowym zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 276 ust. 1 ustawy Pzp).

W trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia

przez przekazanie zaproszenia do negocjacji (art. 130 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy Pzp komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, powoływanym do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, oraz do dokonywania innych, powierzonych przez kierownika zamawiającego, czynności w postępowaniu lub związanych z przygotowaniem postępowania. Pomocniczy charakter komisji przetargowej oznacza, że komisja przetargowa nie dokonuje czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego (np. odrzucenia oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienia postępowania). Komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także, występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego również propozycje dotyczące innych rozstrzygnięć. To kierownik zamawiającego decyduje o zmianie treści SWZ, przedłużeniu terminu składania ofert, przedłużeniu terminu związania ofertą, terminie związania ofertą. Kierownik zamawiającego zatwierdza również wartość zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, w celu ustalenia czy zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powierzenie czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego

Na podstawie art. 52 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp kierownik zamawiającego może powierzyć pracownikom zamawiającego, w formie pisemnej, powołanie komisji przetargowej i dokonywanie zmian w jej składzie.

W orzeczeniu Główniej Komisji Orzekającej z dnia 26 kwietnia 2018 r., BDF1.4800.13.2018 stwierdzono, że „powierzenie, o jakim mowa w art. 18 ust. 2 Pzp musi mieć postać upoważnienia indywidualnie adresowanego dla danego pracownika z wymienieniem czynności z zakresu postępowania przetargowego, które zostały mu powierzone. Brak takiego indywidualnego upoważnienia skutkuje brakiem możliwości postawienia zarzutu zaniechania dokonania pewnych czynności lub dokonania czynności niezgodnie z obowiązującym prawem. Opierając się na wykładni art. 18

Pzp2004 należy uznać, że upoważnienia zawarte w dokumentach przedłożonych przez Obwinionego zarówno na etapie postępowania przed Rzecznikiem jak również na rozprawie nie spełniają wymagań „powierzenia czynności” zastrzeżonych dla kierownika jednostki.

Zdaniem RKO, należy zwrócić uwagę, że kierownik zamawiającego przy realizacji prawa powierzenia pracownikom czynności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania podlega pewnemu ograniczeniu, tzn. może się on bowiem podzielić odpowiedzialnością tylko w zakresie czynności dla niego zastrzeżonych. Natomiast czynności wykonywane przez członków komisji przetargowej nie są zastrzeżone dla kierownika, w wyniku czego kierownik nie ma możliwości przekazania ich w trybie art. 18 ust. 2 Pzp2004 i z tego względu w art. 20 ust. 2 Pzp2004 znalazła się odrębna podstawa prawna powierzenia obowiązków i odpowiedzialności komisji przetargowej.” (zob. także orzeczenia GKO z dnia 22 lutego 2010 r., BDFI/4900/87/89/09/3148 oraz z dnia 13 czerwca 2013 r., BDFI/4900/35/40/RN-10/13/RWPD-30890).

Organizacja, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej

Zgodnie z art. 55 ust. 3 ustawy Pzp kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac.

Przepis art. 55 ust. 3 ustawy Pzp nawiązuje do art. 52 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp, który wskazuje zakres odpowiedzialności także członków komisji przetargowej. Zgodnie z tym przepisem członek komisji odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim powierzono mu czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania, w dokumencie powołującym komisję przetargową.

Określając zakres obowiązków członków komisji przetargowej, kierownik zamawiającego może powierzyć komisji przetargowej wszystkie lub niektóre czynności w postępowaniu lub czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Kierownik zamawiającego, określając organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, musi zapewnić sprawności jej działania. Sprawność działania komisji przetargowej, to również powołanie w skład komisji przetargowej osób, które posiadają kwalifikacje związane z przedmiotem zamówienia oraz czynnościami, które dany członek komisji przetargowej będzie dokonywał.

Komisji przetargowa jest wprawdzie zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, to jednak podejmuje (dokonuje) czynności, które wymagają posiadania odpowiednich kwalifikacji. Kwalifikacje to zestaw wiedzy i umiejętności (doświadczenia) wymaganych do dokonania określonych czynności w postępowaniu lub związanych z przygotowaniem postępowania. Kwalifikacje wynikają z określonych dokumentów (świadczeń, dyplomów, zaświadczeń) i stwarzają domniemanie, że legitymujący się nimi człowiek ma odpowiednie kompetencje.

Powołanie w skład komisji przetargowej osób, które nie posiadają wymaganych kwalifikacji jest niedopuszczalne.

Wprowadzenie do dokumentu powołującego komisję przetargową lub regulaminu komisji przetargowej obowiązku sporządzania protokołów z każdego posiedzenia komisji przetargowej jest zbędne. Załącznikami do protokołu postępowania powinny być dokumenty z dokonanych czynności przed poszczególnymi członkami komisji przetargowej (np. karty badania ofert, karty oceny ofert, karty kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Organizację i tryb pracy komisji przetargowej co do zasady powinna dotyczyć sposobu komunikowania się przewodniczącego z pozostałymi członkami komisji przetargowej i kierownikiem zamawiającego.

Nawet w przypadku spotkań wszystkich członków komisji przetargowej, w celu wymiany poglądów, konsultacji, sporządzanie protokołów z takich spotkań jest zbędne. Nie ma żadnego znaczenia, ile odbyło się posiedzeń komisji przetargowej, ponieważ na gruncie art. 52 ust. 2 zdanie pierwsze i art. 55 ust. 3 ustawy Pzp, każdy członek komisji przetargowej i tak odpowiada za przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim powierzono mu czynności w postępowaniu lub czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Żadne przepisy prawa nie wskazują na obowiązek posiadania regulaminu komisji przetargowej. Regulamin komisji przetargowej to relikט pozostały po nieobowiązującej ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664). Na podstawie art. 20a ust. 5 ustawy o zamówieniach publicznych funkcjonowało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie szczegółowych zasad powoływania członków komisji przetargowej oraz trybu jej pracy (Dz.U. Nr 82, poz. 743).

Jeżeli zamawiający posiada regulamin komisji przetargowej, powinien on przede wszystkim określać „organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej” tak, aby możliwe było ustalenie zakresu odpowiedzialności każdego członka komisji przetargowej za wykonywane czynności. Jeżeli nie jest możliwe wskazanie w regulaminie komisji przetargowej zakresu obowiązków członków komisji przetargowej („zapewnienie indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności”), konieczne będzie określenie takiego zakresu obowiązków w innym dokumencie (np. w zarządzeniu kierownika zamawiającego).

Przepisy ustawy Pzp nie nakładają obowiązku podziału członków komisji przetargowej na przewodniczącego, sekretarza i pozostałych członków. Podział taki wynika z ugruntowanej praktyki. W strukturze komisji przetargowej może nie być przewodniczącego i sekretarza. Ważne jest, by kierownik zamawiającego określił zakres obowiązków członków komisji przetargowej w celu zapewnienia sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac.

Komisja przetargowa może zostać powołana do przeprowadzenia wizji lokalnej, a na etapie przygotowania postępowania także do udziału we wstępnych konsultacjach rynkowych.

Biegły

Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych (art. 55 ust. 4 ust. 4 ustawy Pzp). Wiadomości specjalne to wiadomości niezbędne do

przygotowania lub przeprowadzenia postępowania, których nie posiadają członkowie komisji.

Powołanie biegłego musi być uzasadnione. Również, gdy biegłego powołuje kierownik zamawiającego z własnej inicjatywy. Wniosek komisji w sprawie powołania biegłych (biegłego) powinien uzasadniać potrzebę powołania biegłego.

Z wykonanych czynności biegły sporządza opinię na piśmie. Opinia biegłego stanowi załącznik do protokołu postępowania.

Biegłym, o którym mowa w art. 55 ust. 4 ustawy Pzp nie jest biegły sądowy. Problematyka biegłych sądowych została uregulowana w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz. U. Nr 15, poz. 133). Zgodnie z § 15 rozporządzenia ustanowienie danej osoby biegłym uprawnia ją – po złożeniu przyrzeczenia – do wydawania opinii na zlecenie sądu lub organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze w sprawach karnych w zakresie tej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, a także innych umiejętności, dla której ustanowienie nastąpiło.

Biegły, wydając opinię, używa tytułu biegłego sądowego z oznaczeniem specjalności oraz sądu okręgowego, przy którym został ustanowiony. Oznacza to, że biegły sądowy, podejmując czynności biegłego, może powołać się na fakt ustanowienia go biegłym sądowym tylko wówczas, gdy wykonuje czynności na zlecenie sądu lub organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze w sprawach karnych. Podejmując czynności biegłego na zlecenie innych podmiotów niż sąd lub organ prowadzący postępowanie przygotowawcze w sprawach karnych, biegły sądowy nie może powoływać się na fakt ustanowienia go biegłym sądowym oraz używać pieczęci lub druków (formularzy) o treści „biegły sądowy”.

Odstąpienie od powołania komisji przetargowej

Udzielając zamówienia sektorowego, kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej.

Odstępując od powołania komisji przetargowej, kierownik zamawiającego określa sposób prowadzenia postępowania zapewniający sprawność udzielania zamówień, indywidualizację odpowiedzialności za

wykonywane czynności oraz przejrzystość prac (art. 393 ust. 5 ustawy Pzp).

Zamawiający może odstąpić od stosowania przepisów art. 53–55 ustawy Pzp, jeżeli:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn 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 (art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp);
- 2) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej (art. 214 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp);
- 3) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej (art. 214 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp);
- 4) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu albo postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym (art. 214 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp);
- 5) zamówienie na dostawy jest dokonywane na rynku towarowym, na którym regulowana i nadzorowana wielostronna struktura handlowa w sposób naturalny gwarantuje ceny rynkowe, w tym na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 312), giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych, lub na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 214 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

Zamawiający może odstąpić od stosowania przepisów art. 53–55 ustawy Pzp, również w przypadku zamówień udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, których przedmiotem są:

- 1) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,
- 2) dostawy gazu z sieci gazowej,
- 3) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,
- 4) usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.



Podatek VAT w zamówieniu na roboty budowlane wraz z wykonaniem nasadzeń roślinnych

WYSTĄPIENIE BŁĘDU W OBLICZENIU CENY, OCENIAĆ NALEŻY W KATEGORIACH OBIEKTYWNYCH, A WIĘC NIEZALEŻNYCH OD ZAWINIENIA CZY MOTYWÓW ZACHOWANIA WYKONAWCY PRZY KSZTAŁTOWANIU TREŚCI OFERTY. USTAWOWY OBOWIĄZEK ZAMAWIAJĄCEGO ODRZUCENIA OFERTY ZAWIERAJĄCEJ BŁĘDY W OBLICZENIU CENY ZAKŁADA WOLĘ USTAWODAWCY ZAPEWNIENIA STANU PORÓWNYWALNOŚCI OFERT, Z UWZGLĘDNIENIEM REGUŁ UCZCIWEJ KONKURENCJI.



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się z zamówieniami publicznymi

Odwołujący w ramach etapu II podał odrębną cenę za wykonanie robót budowlanych oraz za dostawę materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń. Odwołujący dla całego zadania przyjął 23% stawkę podatku VAT uznając, że przedmiotowe zamówienie ma charakter kompleksowy – w którym zarówno budowa nowych alejek wraz z infrastrukturą towarzyszącą ma dla zamawiającego równorzędne znaczenie jak zachowanie zieleni istniejącej oraz dokonanie nowych nasadzeń.

W ocenie odwołującego, z punktu widzenia funkcjonalności i użyteczności, inwestycji nie należy dzielić. Zadanie ma być realizowane na terenie parku, a więc w miejscu, w którym każda inwestycja już w założeniu ma doprowadzić do estetycznych i przyjaznych środowisku efektów. Rewitalizacja objęta postępowaniem ma polegać na wymianie nawierzchni alejek parkowych, wykonaniu instalacji elektrycznej, wodnej i kanalizacji deszczowej. Na te roboty, typowo budowlane, nakłada się obowiązkowa ochrona zastanej zieleni, usunięcie zieleni porastającej obszar inwesty-

cji, a także nasadzenie roślin bylinowych i traw ozdobnych. Brak wykonania chociażby jednego z elementów składających się na inwestycję, czyni ją niekompletną, skoro przez jej brak wykonawca nie osiągnie wymaganego standardu usługi. Tym samym należy uznać, że składające się na przedmiot zamówienia czynności wykazują – mimo różnorodności – ścisłe powiązanie ze sobą w sensie gospodarczym. W rezultacie tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. Założeniem gospodarczym całej inwestycji jest jej kompleksowe, a nie częściowe, wykonanie, pozwalające na oddanie danego obszaru parku do użytku. Oznacza to, że wprowadzenie poszczególnych czynności wykonywanych w jej ramach mogą mieć charakter samoistny, lecz same w sobie, bez wykonania w całości pozostałych elementów tej usługi, nie zaspokajają celu ekonomicznego zamawiającego.

W ocenie odwołującego w przypadku tego typu robót należy więc przyjąć jednolitą stawkę podatku VAT – w wysokości odpowiedniej dla wiodącej części

zamówienia. Jako że wiodącą w tym przypadku jest część budowlana (ze względu na zakres robót i ich wartość), odwołujący przyjął 23% stawkę podatku VAT. Na potwierdzenie swojej argumentacji odwołujący przytoczył orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 27 października 2005 r., C-41/04 oraz z 25 lutego 1999 r., C-349/96.

Odwołujący wskazał, że jak wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) głównym przedmiotem zamówienia jest: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zgodnie ze szczegółowym opisem zamówienia zadanie obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej, wykonanie robót budowlanych oraz dostawę materiału roślinnego wraz z nasadzeniem. Już powyższy opis wskazuje jasno, że nasadzenia mają jedynie charakter wspomagający i nie mogą one zostać wykonane niezależnie od usługi budowlanej. Analiza szczegółowego zakresu prac utwierdza jeszcze w tym przekonaniu. Spośród trzynastu punktów opisujących zakres prac, jedynie dwa mają związek z roślinnością, przy czym jeden z nich stanowi ochronę istniejącej zieleni na terenie objętym remontem. Zasadnym wydaje się więc, iż roboty związane z nasadzeniem roślinności, stanowią jedynie czynności uzupełniające w stosunku do robót budowlanych obejmujących całościowe zagospodarowanie terenu w tym: wyznaczenie dróg transportu, remont alejek pieszych, remont placu z nawierzchni betonowych i klinkierowych, wykonanie murków, oświetlenia, odwodnienia i podobnych. Należy też zauważyć, że zakres czynności stanowiących związanych z roślinnością może być dowolnie modyfikowany (brak szczegółowych wytycznych co do ilości i rodzaju roślin poza wskazaniem, iż mają to być byliny i trawy), może też mieć różną wartość, ale zawsze będzie stanowił jedynie dopełnienie robót budowlanych, nie jest zaś celem samym w sobie.

Odwołujący podkreślił, iż zadanie jest przeznaczone do realizacji w formule zaprojektuj – wybuduj, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia w pierwszej kolejności projektu budowlanego, w tym także do zaprojektowania przyszłego nasadzenia roślin, a następnie do wykonania usługi. Na obecnym etapie, a więc przed przygotowaniem wspomnianego projektu, nie jest możliwym wyodrębnienie w przetargu samego nasadzenia roślin, ponieważ ich umiejscowienie oraz rozmieszczenie nie jest w tym momencie jeszcze określone. Ponadto będzie ono pochodną całego projektu budowlanego, który siłą rzeczy zostanie sporządzony dopiero po podpisaniu

umowy. Należy zatem podkreślić, iż wykonanie nasadzenia jest ściśle uzależnione od całego projektu budowlanego oraz od wykonania głównego przedmiotu, jakimi są "45233161-5 Roboty budowlane w zakresie ścieżek pieszych" (zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym dostarczonym przez zamawiającego). Wykonanie nasadzenia odbędzie się dopiero po wykonaniu robót budowlanych, nie jest więc możliwym wykonanie nasadzenia bez wykonaniu głównego przedmiotu przetargu. W konsekwencji nasadzenie roślin będzie stanowić usługę pomocniczą jako nierozzerwalny element całej usługi. Powyższe opinii odwołującego przesądziło o kompleksowym charakterze usługi, a w konsekwencji zastosowanie jednej stawki VAT dla całości wykonanych robót, stawki właściwej dla usług dominujących, a więc podstawowej 23%.

Odwołujący wyjaśnił przy tym, że warto również pochylić się nad stanowiskiem organów podatkowych w kwestii stawek VAT dla usług składających się jednocześnie z usług budowlanych i tych związanych z szeroko pojętą roślinnością. Nie można bowiem w niniejszej sprawie brać pod uwagę jedynie punktu widzenia zamawiającego, który siłą rzeczy może prezentować pogląd sprzyjający rozdzieleniu usługi. Takie rozwiązanie jest 6 niewątpliwie dla strony korzystne, gdyż wpływa na obniżenie ceny całości robót, z uwagi na częściowe zastosowanie niższej stawki VAT. Nie można jednak zapominać, że całe ryzyko określenia właściwej stawki bierze na siebie wykonawca. To jego obciąża ewentualny spór, w wyniku którego organ podatkowy zakwestionuje rozdzielenie usługi uznając je za sztuczne i wyda decyzję obligującą wykonawcę do zastosowania jednolitej stawki VAT, a tym samym dopłaty znacznych kwot podatku. Nie jest to spojrzenie wyłącznie teoretyczne. Należy zauważyć, że w obszarze utrzymania i budowy dróg wraz z nasadzeniem zieleni, będącym co do zasady zbliżoną usługą do tej będącej przedmiotem odwołania (usługa budowlana plus nasadzenia roślin z nią związane), mamy do czynienia z podobnymi rozbieżnościami. Przez długi okres czasu oferenci rozdzielali wykonane usług na budowlane oraz te związane z roślinnością stosując dwie różne stawki VAT. Taka praktyka była akceptowana przez organy podatkowe, a często poparta przez indywidualne interpretacje w zakresie prawa podatkowego. Wykonawcy stosowali więc różne stawki podatku, mimo że już w lutym 2014 r. minister finansów uznał za nieprawidłową interpretację dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, potwier-

dzającą słuszność takiego zróżnicowania stawek VAT. Minister wydał wtedy interpretację zmieniającą (nr PT8/O33/1/20/PSG/14/RD19443), w której stwierdził, że mamy do czynienia z usługą kompleksową, a więc wszystkie składające się na to czynności powinny być objęte jedną stawką – 23%. Następnie Minister Finansów zmienił kolejne interpretacje aprobujące stosowanie dwóch odrębnych stawek VAT. Ostatecznie rację przyznał mu Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 28 października 2016 r., I FSK 344/15). Sąd kasacyjny nie miał wątpliwości, że w sprawie mamy do czynienia z jednym dominującym celem usługi i to temu służą wszystkie dodatkowe czynności, stąd nieuzasadnionym jest zastosowanie dwóch odmiennych stawek opodatkowania. Najnowsze interpretacje indywidualne i orzecznictwo sądów dzielą się ww. stanowisko. Jak wskazał NSA zauważyć też należy, że dla oceny, czy mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym nie ma przykładowo znaczenia, to, że Urząd Statystyczny dokonał odrębnej klasyfikacji poszczególnych czynności składających się na zamówienie. Istotne jest bowiem to, czy w odniesieniu przedmiotowych świadczeń można mówić o świadczeniu złożonym (kompleksowym) w rozumieniu wskazanym przez TSUE. Co istotne sam fakt, że co do zasady niektóre świadczenia objęte zadaniem mogłaby wykonać osoba trzecia dla oceny kompleksowości świadczeń nie ma w tym przypadku większego znaczenia. Jak to bowiem podkreślił TSUE w wyroku z 27 września 2012 r. w sprawie C- 392/11 Field Fisher WaterHouse LLP p-ko Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, wskazując na wcześniejsze swoje orzecznictwo, z jednym świadczeniem mamy przede wszystkim do czynienia, jeżeli co najmniej dwa elementy lub czynności podatnika są tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozdzielalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Zdaniem TSUE ze świadczeniem kompleksowym mamy do czynienia również wtedy, gdy jedno lub kilka świadczeń należy uznać za świadczenie główne, natomiast pozostałe za dodatkowe. TSUE jako jeden z przykładów tej ostatniej sytuacji podał, że świadczenie należy uznać za dodatkowe w stosunku do świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi ono dla klienta celu samego w sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego. Mając na uwadze powyższe kryteria odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z jednym świadczeniem złożonym. Do pełnego zrealizowania

zadania potrzebne są praktycznie wszystkie działania, jakie podejmowane być mają przez wykonawcę w ramach realizacji umowy. Przy czym usługi o charakterze budowlanym mają charakter dominujący, określający główny sens usługi. Natomiast dostawa i nasadzenie roślin jest świadczeniem pomocniczym i nie stanowi ono dla zamawiającego celu samego w sobie. Gdyby tak było najprawdopodobniej zlecenie zostało by rozdzielone na dwa odrębne: w pierwszej kolejności projektowanie i wykonanie części budowlanej, a dopiero po jego zakończeniu, czyli wybudowaniu i/lub wyremontowaniu istniejących placów, murków, alejek itp. nastąpiłoby ogłoszenie kolejnego przetargu i wybór wykonawcy zadania związanego wyłącznie z zielenią.

Formularz ofertowy był tak skonstruowany, że drugi etap zamówienia dotyczący części realizacji prac został rozbity na trzy elementy: wykonanie robót budowlanych, dostawę materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń roślinnych oraz wykonanie i umieszczenie tablicy informacyjnej. Taka konstrukcja formularza ofertowego znalazła swoje odzwierciedlenie także we wzorze umowy.

Dodatkowo w treści SIWZ zamawiający określił II etap prac jako wykonanie robót budowlanych oraz dostawę materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń roślinnych. Z powyższego wynikało, że zamawiający już w treści dokumentacji przetargowej rozróżnił poszczególne zakresy składające się na etap II inwestycji, przez co można było przyjąć, że usługa wykonania nasadzeń roślinnych pomimo znacznie mniejszej części w stosunku do robót budowlanych składających się na przedmiot zamówienia, stanowiła jedno z odrębnych świadczeń głównych w postępowaniu.

W wyroku z dnia 17 września 2020 r., KIO 2076/20 skład orzekający stwierdził, że należy rozróżnić:

- usługi mieszczące się w przedmiocie realizacji zamówień, które są ze sobą bezpośrednio powiązane. Mianowicie, o powiązaniu należy mówić, gdy zachodzi konieczność wykonania danej usługi, bez której druga w istocie jest niemożliwa do wykonania, a także gdy zbiorcze wykonanie usług wypełnia stricte określony cel gospodarczy danej usługi. Powstaje wręcz w tej sytuacji przymiot zależności usługi jednej od drugiej. W takiej sytuacji można mówić o wystąpieniu usług pomocniczych;

- usługi mieszczące się w przedmiocie realizacji zamówienia, które nie są ze sobą bezpośrednio powiązane. Mianowicie, o braku takiego powiązania można mówić, gdy zachodzi możliwość wykonania danej usługi bez konieczności wykonania innej usługi, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający słusznie stwierdził, iż adekwatne było orzecznictwo przywołane przez odwołującego, w którym wskazano, że w celu ustalenia, dla celów podatku od wartości dodanej, czy świadczenie usług, na które składa się kilka elementów, należy traktować jako świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę, po pierwsze, że z treści przepisu art. 2 pkt 1 szóstej dyrektywy 77/388 wynika, że każde świadczenie usług powinno być normalnie traktowane jako odrębne i niezależne, oraz po drugie, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia pojedynczą usługę, nie powinno być sztucznie dzielone, aby nie zakłócić funkcjonowania systemu podatku od

wartości dodanej. Z pojedynczym świadczeniem mamy do czynienia zwłaszcza wtedy, gdy jeden lub więcej elementów uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania jak do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W takiej sytuacji fakt, iż stosowana jest jedna cena nie ma decydującego znaczenia (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z powyższego, należy wywieść następujące wnioski:

- zasadą jest, że każde świadczenie usług powinno być normalnie traktowane jako odrębne i niezależne;
- wyjątkiem od powyższej zasady są usługi, które mają za zadanie lepsze wykorzystanie usługi zasadniczej.



Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację zamawiającemu, który wskazał, że w kontekście przedmiotowego zamówienia, o zamówieniu pomocniczym bez wątplenia można mówić w przypadku wykonania alejki, instalacji kanalizacji deszczowej oraz instalacji oświetlenia parkowego. Bez wątplenia usługi te na zasadzie synergii wpływają na użyteczność jednego celu, przez który należy rozumieć wykonanie alejki parkowej i możliwości jej wykorzystania – podczas deszczu czy w porze nocnej. Nie można było natomiast zgodzić się z odwołującym, który twierdził, że usługa nasadzenia roślinności ma bezpośredni związek (na zasadzie usługi pomocniczej) z pracami budowlanymi objętymi zamówieniem, wobec czego należy zastosować jednolitą stawkę VAT w wysokości 23%.

Roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia należy uznać za czynności niezależne i samodzielne, bez których czynności sadzenia drzew i roślin, czy pielęgnacja roślin, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości tych usług.

Natomiast takie czynności jak rozbiórka nawierzchni, remont alejek, montaż małej architektury itp. nie składają się na te czynności, dla których główną usługą jest zagospodarowanie terenów zieleni. Stanowią odrębne świadczenie i powinny zostać opodatkowane według zasad właściwych dla tych czynności.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że spośród wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, odwołujący był jedynym, który w tym przypadku w inny sposób dokonał kwalifikacji obu usług w kontekście opodatkowania podatkiem od towaru i usług w wysokości 23%, podczas gdy pozostali wykonawcy zastosowali różne stawki podatku VAT dla robót budowlanych (23%) oraz dla nasadzeń roślinnych (8%).

Krajowa Izba Odwoławcza nie doszukała się także powodów, aby zakwestionować ustalenia i wnioski podane w cytowanej szeroko w odpowiedzi na odwołanie oraz załączonej do niej interpretacji indywidualnej z dnia 23 września 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej: O115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM. W tej interpretacji wskazano m.in., że obniżona do 8% stawka podatku VAT ma zastosowanie wyłącznie do czynności związanych z realizacją zadania dotyczącego zagospodarowania terenów zielonych, natomiast pozostałe czynności związane np. z robotami budowlanymi, zakupem i

montażem małej architektury wyłączone są z możliwości stosowania stawki obniżonej.

Obniżoną do 8% stawkę podatku VAT można zastosować także do tych czynności, które stanowią drobne prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, a które mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.30.10.O. Natomiast roboty budowlane, roboty drogowe, zakup i montaż tzw. małej architektury powinny być wyłączone z kompleksowej usługi i opodatkowane stawką podstawową.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przyjęcie przez zamawiającego stawki VAT 8% dla usługi wykonania nasadzeń roślinnych było czynnością prawidłową. Tym samym odrzucenie oferty odwołującego również było czynnością prawidłową zamawiającego, przy czym należy wskazać, że zamawiający nie był uprawniony do poprawienia nieprawidłowej stawki VAT w ofercie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. III CZP 53/11 uznał, że dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny nie ma znaczenia czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru.

Nawet w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.

Wystąpienie błędu w obliczeniu ceny oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji.

Niezmiennność i zmienność wynagrodzenia ryczałtowego



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się z zamówieniami publicznymi

Specyfika wynagrodzenia ryczałtowego

„W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie podkreślano, że strony decydując się na przyjęcie formy wynagrodzenia ryczałtowego muszą liczyć się z jej bezwzględnym i sztywnym charakterem, który zgodnie z art. 632 § 1 k.c. polega na tym, że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac. Jedynie tylko wyjątkowo sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10 Baza LEX nr 1129144, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97 Baza LEX nr

138655, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2014 r., I Aca 821/13 Baza LEX 1441387). Rozliczenia stron w razie umówionego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Uzgodniony ekwiwalent należy się za cały zarówno znany, jak i nieznaný dokładnie od początku przedmiot zamówienia. Z kolei w wyroku z dnia 4 lutego 2011 r. w sprawie III CSK 143/10 Sąd Najwyższy wypowiedział pogląd, że przepisy art. 629 i 632 § 2 k.c. mogą mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. W wypadku przyjęcia tych przepisów jako podstawy prawnej takiej modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, wykonywanych na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, art. 144 ust. 1 prawo zamówień publicznych ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim – w odniesie-

niu do art. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c. – określa dopuszczalność zmiany umowy. Zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia będzie zatem dopuszczalna, jeżeli jest korzystna dla zamawiającego albo wynika z okoliczności, których nie dało się przewidzieć chwili zawarcia umowy, zaś wynagrodzenie ulegnie zmianie, jeżeli zaistnieją materialnoprawne przesłanki określone w art. 629 k.c. lub 632 § 2 k.c. (Baza LEX nr 785535).” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 24 lipca 2014 r., I ACa 167/14).

Co do zasady wynagrodzenie ryczałtowe jest więc niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97).

Strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą zatem liczyć się z jego bezwzględny i sztywnym charakterem. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub kosztów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę. Wykonawca może powołać się na wynikającą z art. 629 i art. 632 § 2 k.c. klauzulę tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków (*rebus sic stantibus*). Jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę (zob. art. 632 § 2 k.c.). W każdym wypadku rzeczywista istotna zmiana stosunków obejmuje jednak wyłącznie zdarzenia, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione (przewidziane). W art. 632 § 2 k.c. ustawodawca nie przewiduje bowiem ochrony prawnej wykonawcy przed utratą oczekiwanego zysku lub dochodu.

W wyroku z dnia 18 września 1998 r., III CKN 621/97, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „(...) wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Z kolei art. 632 § 2 k.c. dopuszcza możliwość podwyższenia wynagrodzenia przez sąd w razie zmiany stosunków nie dającej się przewidzieć, ale tylko wtedy, gdy wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Przepis ten chroni wykonawcę przed

poniesieniem straty, o ile jest rażąca, nie chroni natomiast przed utratą dochodu. Ogólna kondycja finansowa wykonawcy nie ma tu znaczenia, może być natomiast uwzględniona rażąca szkoda pozostająca w bezpośrednim związku przyczynowym z podjęciem się wykonania dzieła. Nie można też utraty dochodu, szczególnie niewielkiego w relacji do całego wynagrodzenia, utożsamiać z „rażącą stratą” w rozumieniu art. 632 § 2 k.c.”.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2014 r., I ACa 821/13, w którym Sąd zwrócił uwagę, że „Istotą (...) wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że przyjmujący zamówienie zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy za umówioną cenę i nie przysługuje mu prawo podwyższenia wynagrodzenia niezależnie od tego czy w czasie zawierania umowy miał możliwość przewidzenia rozmiaru prac i wielkości ich kosztów. (...) przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac czy też wzrostem kosztów prac obciąża przyjmującego zamówienie. Wynika to zresztą wprost z art. 632 § 1 k.c., który przewiduje, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą liczyć się z jego bezwzględny i sztywnym charakterem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10).”

Modyfikacja wynagrodzenia ryczałtowego

W orzecnictwie jest wyrażany pogląd, że strony mogą w umowie zastrzec możliwość modyfikacji wynagrodzenia ryczałtowego, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych. W wyroku z dnia 25 marca 2015 r., II CSK 389/14, Sąd Najwyższy uznał, że „W umowie o roboty budowlane, uregulowanej w art. 647 i następne k.c., strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty, jako wynagrodzenie ryczałtowe, przewidziane w art. 632 § 1 k.c., jak też zastrzec możliwość jego modyfikacji, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych. Prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klau-

zuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia, nawet gdyby dochód osiągnięty przez wykonawcę był wyższy od założonego w kalkulacji będącej podstawą określenia wysokości ryczałtu. Istota wynagrodzenia ryczałtowego, wskazująca na zasadę jego niezmienności w toku realizacji umowy, jednolicie była określana w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki: z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06; z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07; z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10, niepublikowane). Dopuszczalność podwyższenia ryczałtu czy rozwiązania umowy z przyczyn niezależnych od stron umowy, przewidziana została w art. 632 § 2 k.c., dotyczy jednak tak znacznej zmiany stosunków, która prowadziłaby do dalece niekorzystnych konsekwencji dla wykonawcy, pozbawiających go w zasadzie umówionego wynagrodzenia, a nawet poniesienia rażącej straty."

W wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r., I ACa 1389/14, Sąd Apelacyjny w Krakowie uznał natomiast, że strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10). Nie oznacza to oczywiście przeszkód do umownego obniżenia czy podwyższenia tego wynagrodzenia. W braku jednak wykazania, moż-

liwego na gruncie umowy, zawarcia dodatkowego porozumienia co do sposobu finansowania zamiany technologii zabezpieczenia wykopu, nie jest zasadne żądanie dodatkowego wynagrodzenia, tym bardziej, że nie zachodzą przesłanki wymienione w art. 632 § 2 k.c."

W wyroku z dnia 12 marca 2014 r., V ACa 846/13, Sąd Apelacyjny w Gdańsku odnosząc się do możliwości domagania się wykonawcy zapłaty za prace dodatkowe, gdy w umowie o roboty budowlane przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, stwierdził, że „Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania, mimo że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. Jednakże nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza



gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego.”

W sprawie, w której zapadł wyrok V AcA 846/13 „wadliwość dokumentacji projektowej geodezyjnej dotyczyła przebiegu instalacji kanalizacyjnej oraz instalacji deszczowej. Konieczność ich przystosowania do sprawnego funkcjonowania wymagała poniesienia dodatkowych nakładów, których powód nie mógł przewidzieć kalkulując wynagrodzenie ryczałtowe, albowiem ustalenie wad projektowych, za które nie ponosi odpowiedzialności, nastąpiło dopiero w chwili przystąpienia do realizowania zadania.”

Ponadto „Strony w zawartej umowie określiły wynagrodzenie ryczałtowe. Przewidywały jednak możliwość wystąpienia takich okoliczności, które spowodują konieczność wykonania prac dodatkowych nie objętych umową za które wykonawca będzie miał prawo do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia. Wskazują na to wprost zapisy § 14 umowy stron.”

Sąd Apelacyjny w Gdańsku uznał, że „pozwana udostępniając powodowi informacje, które stanowiły podstawę skalkulowania wynagrodzenia ryczałtowego, przedstawiła je w sposób nieprawdziwy, uniemożliwiając tym samym realne skalkulowanie kosztów prac niezbędnych dla wykonania zlecenia. Dlatego

umówione przez strony wynagrodzenie ryczałtowe nie obejmuje wspomnianych prac, bowiem powód nie mógł i nie powinien przewidzieć konieczności ich wykonania oceniając okoliczności przedstawione mu przez pozwaną. Gdyby przyjąć inne założenie, nieuczciwy inwestor mógłby ustalić korzystne dla siebie warunki płatności za prace, mając świadomość konieczności ich wykonania i nie informując o tym wykonawcy robót (nie ujmując ich w dokumentacji lub wadliwie je określając), który konieczności wykonania tych prac nie mógłby przewidzieć.”

W wyroku z dnia 27 sierpnia 2014 r., V ACa 181/14, Sąd Apelacyjny w Gdańsku również uznał natomiast, że „Nie ma racji skarżący twierdząc, że skoro strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe i zastrzegły w umowie, że obejmuje ono również skutki niedoszacowania robót przez wykonawcę, pominięcie koniecznych robót i brak rozpoznania zakresu przedmiotu robót (...) to powód nie ma prawa żądać wynagrodzenia za prace związane z wykonaniem robót w większym zakresie niż to wynikało z SIWZ i stanowiącego jej część składową przedmiaru robót. Wcześniej wspomniano, jaki charakter w procesie przetargowym miała wspomniana specyfikacja. Co więcej, wyznaczała ona powodowi zakres robót, który stał się podstawą dla ustalenia ceny za wykonane prace. Przedstawienie przez zamawiającego w sposób nierzetelny zakresu robót, które mają być wykonane (ich przed-



miar) w powiązaniu z umówionym ich zakresem (przełożenie dachówki na całym budynku (...)) w T.) było nierzetelnym postępowaniem zamawiającego powodującym niemożność dokonania oceny niezbędnych kosztów wykonania inwestycji i w efekcie prowadzącym do zaoferowania przez wykonawcę ceny nieadekwatnej do rzeczywistych kosztów wykonania prac. Przywoływany w apelacji art. 632 § 1 k.c. wprowadza wyłączenie co do zasady możliwości podwyższenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, to jednak nie dotyczy, zdaniem Sądu Apelacyjnego, takiej sytuacji, kiedy zamawiający wprowadza w błąd drugą stronę co do istotnych dla kontraktowania okoliczności, jak w tym przypadku co do powierzchni dachu, który miał być przełożony. Wspomniany rygor z art. 632 § 1 k.c. dotyczy bowiem tylko takich sytuacji, kiedy wykonawca miał możliwość oceny zakresu robót i powinien był, zważywszy jego profesjonalizm, przewidzieć koszty robót i konieczne czynności dla ich wykonania. To założenie odnosi się do typowych sytuacji i nie obejmuje nierzetelnego postępowania zamawiającego, który wprowadził w błąd wykonawcę uniemożliwiając mu prawidłowe oszacowanie zakresu i niezbędnych kosztów robót. Niemożność zmiany umówionego wynagrodzenia ryczałtowego ogranicza się zatem do sytuacji, w których wykonawca dysponujący rzetelną informacją na temat zakresu i charakteru robót wadliwie oszacował zakres koniecznych czynności, konieczne koszty ich wykonania i w konsekwencji wartość robót, którą strony umówiły w ramach ryczałtowego wynagrodzenia. Powód tymczasem będąc związany informacjami podanymi mu w postępowaniu przetargowym nie miał możliwości rzetelnej oceny zakresu prac i tym samym prawidłowej, odpowiadającej temu zakresowi, oceny wysokości wynagrodzenia. Wynagrodzenie to (ryczałtowe) ustalił w odniesieniu do powierzchni dachu podanej mu w przedmiarze robót objętym SIWZ i dlatego tylko w zakresie wynagrodzenia odnoszącego się do 1543,77 m² zachowuje swój sankcjonujący charakter norma art. 632 § 1 k.c., której odpowiednikiem są postanowienia umowy łączącej strony zawarte w jej § 9. Powodowi należy się więc wynagrodzenie za umówione wykonane prace, których zakresu nie mógł przewidzieć z uwagi na postępowanie zamawiającego, a więc z przyczyn od siebie niezależnych i tym samym nie objętych regulacją z art. 632 § 1 k.c.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego jest wyrażany pogląd, że w umowie o roboty budowlane strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty

budowlane w postaci wynagrodzenia ryczałtowego przy możliwej modyfikacji tego wynagrodzenia w zależności od konieczności wystąpienia robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych (zob. wyrok z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06 i z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07).

W wyroku z dnia 9 października 2014 r., I CSK 568/13, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „Konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza (...) żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową. Zdarza się też niekiedy, że dochodzi do wykonania stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego prac dodatkowych, bez dokonania przez strony stosownej zmiany umowy. W takich wypadkach przyjmuje się, że dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu”.

Na gruncie przedstawionego orzecznictwa możliwe jest zatem podwyższenie umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, gdy nie obejmuje ono prac, których wykonawca nie mógł przewidzieć oceniając przedstawioną mu dokumentację.

W wyroku z dnia 5 lipca 2013 r., V ACa 37/13, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że „(...) wynagrodzenie ryczałtowe jest zwykle pochodną wyceny poszczególnych robót, ale ostatecznie strony przyjmują jedną sztywną kwotę bez wyszczególniania, za które prace inwestor godzi się zapłacić określoną część wynagrodzenia. Inwestor jest bowiem zainteresowany jednoznaczną wiedzą, jakie prace, za jaką kwotę ogólną, otrzyma od wykonawcy. Wykonawca natomiast powinien na tyle dokonać kalkulacji swoich kosztów i zysku, aby w sumie jego wynagrodzenie pokryło obie te wartości. W rzeczywistości może się jednak okazać, że część robót pochłonięła niższe koszty, a część wyższy, w stosunku do założeń przedumownych. Zamiana w ramach tak uzgodnionego wynagrodzenia jednych prac na inne, a w zasadzie w odniesieniu do niniejszego przypadku jednego materiału na inny, nie ma automatycznego przełożenia na wysokość wynagrodzenia, gdyż jego zmiana jest uwarunkowana powstaniem ustawowych przesłanek. W przypadku bowiem zmiany treści zobowiązania niepieniężnego, a jeśli wpływa to na koszt prac, to także wynagrodzenia, musi być dokonana w drodze zmiany umowy, chyba, że strony przewidziały już taką możliwość w samej umowie.

Zasadą jest bowiem niezmiennosc wynagrodzenia ryczałtowego, nawet jeśli w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. W braku zgody inwestora na podwyższenie wynagrodzenia żądanie takie może wykonawca zgłosić na drodze sądowej jedynie w przypadku zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, a wykonanie zobowiązania niepieniężnego groziłoby mu rażącą stratą (art. 632 k.c.).

Możliwość podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku umowy stron jest dodatkowo obwarowana szczególnymi przesłankami wynikającymi z faktu, że umowa została zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Słusznie w tym zakresie Sąd Okręgowy powołał się na art. 144 ustawy o zamówieniach publicznych, przy czym w związku z licznymi zmianami tej normy prawnej zauważyć należy, że zastosowanie miałyby ten przepis w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia procedury o udzielenie zamówienie. Stanowił on wtedy, iż zakazuje się zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Wszelkie zmiany poczynione wbrew tej regulacji prawnej zostały obwarowane skutkiem nieważności z mocy prawa. Tylko zatem w przypadku zaistnienia przesłanek określonych art. 144 Pzp możliwe byłoby rozważanie podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 143/10)."

W wyroku z 18 września 1998 r., III CKN 621/97 Sąd Najwyższy stwierdził, że „Według zasady wyrażonej w art. 632 § 1 k.c., wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Z kolei art. 632 § 2 k.c. dopuszcza możliwość podwyższenia wynagrodzenia przez sąd w razie zmiany stosunków nie dającej się przewidzieć, ale tylko wtedy, gdy wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Przepis ten chroni wykonawcę przed poniesieniem straty, o ile jest rażąca, nie chroni natomiast przed utratą dochodu. Ogólna kondycja finansowa wykonawcy nie ma tu znaczenia, może być natomiast uwzględniona rażąca szkoda pozostająca w bezpośrednim związku przyczynowym z podjęciem się

wykonania dzieła.” Przepis art. 632 § 2 k.c. ma chronić przyjmującego zamówienie przed rażącą stratą i wykazanie tej rażącej straty jest niezbędnym elementem skutecznego ubiegania się o ochronę z tego przepisu.

W wyroku z dnia 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, Sąd Najwyższy nie zgodził się natomiast ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, że „z żądaniem podwyższenia ryczałtu można wystąpić tylko przed wykonaniem dzieła. Przepis nie określa terminu, ale jedynie przesłanki, których spełnienie uzasadnia powództwo. Uprawnienie do żądania podwyższenia ryczałtu może być przez wykonawcę realizowane w procesie, a nie, jak stwierdził Sąd Apelacyjny, bezterminowo; dopóki zobowiązanie nie wygaśnie, spełnienie tego świadczenia lub z innych przyczyn albo żądanie zapłaty wyższego ryczałtu (a więc żądanie spełnienia w istocie reszty należnego wykonawcy świadczenia) nie ulegnie przedawnieniu w terminie właściwym dla tej umowy.

Ustawa przez formułę: „wykonanie dzieła groziłoby wykonawcy rażącą stratą” wskazuje najwcześniejszą chwilę, z nastaniem której wykonawca może żądać od sądu modyfikacji umowy, ponieważ wówczas spełnione są przesłanki: wykonawca wie (i może udowodnić), że wykonanie dzieła, za ustalone w umowie wynagrodzenie, stwarza niebezpieczeństwo rażącej straty. Nie ma podstaw, aby przyjmować, że wykonanie, w warunkach z art. 632 § 2 k.c., dzieła i przekształcenie się stanu zagrożenia stratą (niebezpieczeństwa jej powstania) w stan dokonany, to jest w stratę efektywną, powoduje utratę uprawnienia, o którym tu mowa.

Wykonanie dzieła w terminie jest obowiązkiem wykonawcy, domaganie się wyższej zapłaty nie odracza umówionego terminu wykonania dzieła, a zwlekanie z wykonaniem dzieła naraża wykonawcę na zarzut nie należytego wykonania zobowiązania i związane z tym zarzutem skutki. Nie można zatem wymagać od wykonawcy, aby utrzymywał stan niewykonania dzieła z uwagi na to, że, jak wskazał Sąd Apelacyjny, tylko w takim stanie może on skutecznie wystąpić z żądaniem podwyższenia ryczałtu.

Zważywszy na treść art. 316 § 1 k.p.c., akceptacja stanowiska Sądu Apelacyjnego oznaczałaby konieczność niewykonywania przez wykonawcę dzieła aż do daty zamknięcia rozprawy, co stanowiłoby zaprzepaszczenie ochronnego charakteru tego przepisu.”

Znaki towarowe w opisie przedmiotu zamówienia i kryteria stosowane w celu oceny równoważności



KRYTERIA STOSOWANE W CELU OCENY RÓWNOWAŻNOŚCI TO WYMAGANIA, KTÓRE MUSI SPEŁNIAĆ PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA ZAOFEROWANY PRZEZ WYKONAWCĘ INNY NIŻ TEN, KTÓRE ZOSTAŁ OPISANY PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO PRZEZ WSKAZANIE ZNAKU TOWAROWEGO.



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się z zamówieniami publicznymi

Znak towarowy

Problematyka znaków towarowych została uregulowana w art. 120–135 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2021 r. poz. 324).

Znakiem towarowym może być każde oznaczenie umożliwiające odróżnienie towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa oraz możliwe do przedstawienia w rejestrze znaków towarowych w sposób pozwalający na ustalenie jednoznacznego i dokładnego przedmiotu udzielonej ochrony.

Znakiem towarowym może być w szczególności wyraz, włącznie z nazwiskiem, rysunek, litera, cyfra, kolor, forma przestrzenna, w tym kształt towaru lub opakowania, a także dźwięk.

Znakami towarowymi są również znaki usługowe. Przepis art. 120 ust. 1 ustawy – Prawo własności przemysłowej nie wyklucza uznania za znak towarowy oznaczenia przeznaczonego do równoczesnego używania przez kilka osób, w tym przedsiębiorców, którzy zgłosili go wspólnie, jeżeli używanie takie nie jest

sprzeczne z interesem publicznym i nie ma na celu wprowadzenia odbiorców w błąd, w szczególności co do charakteru, przeznaczenia, jakości, właściwości lub pochodzenia towarów (wspólne prawo ochronne).

Zakaz opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych i kryteria równoważności

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (art. 99 ust. 4 ustawy Pzp).

Opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych jest dopuszczalne, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 99 ust. 5 ustawy Pzp). W takim przypadku zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia

wienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 6 ustawy Pzp).

Z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych oraz wskazanie kryteriów w celu oceny równoważności nie będzie dopuszczalne w przypadku, gdy będzie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia przez określenie wymagań dotyczących parametrów technicznych, cech funkcjonalnych, wymaganych cech materiału, produktu lub usługi,

Możliwość wskazania znaku towarowego jest wyjątkiem od reguły, dlatego art. 99 ust. 5 ustawy Pzp nie powinien być interpretowany rozszerzająco.

Oferta z rozwiązaniami równoważnymi (tzw. „oferta równoważna”) to oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o cechach technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych takich samych lub zbliżonych do tych, które zawiera zakres równoważności wskazany w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Podstawą oceny czy zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi równoważności są właśnie kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Przepis art. 99 ust. 6 ustawy Pzp porządkuje problematykę opisu rozwiązań równoważnych. Warto jednak zauważyć, że orzecznictwo dotyczące art. 29 ust. 3 Pzp2004 również wskazywało, że pomimo, iż w Pzp2004 nie wyartykułowano wprost przepisu nakazującego zamawiającemu opisanie sposobu potwierdzania równoważności oferowanych rozwiązań, to zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne, spełniają wymóg równoważności, musiał je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ.

Przepis art. 99 ust. 5 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i musi być interpretowany ściśle. Opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych musi być uzasadnione obiektywną niemożnością opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. Samo wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy i dodanie wyrazów „lub równoważne” jest niewystarczające. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności,

będące opisem rozwiązania równoważnego opisanemu.

Brak kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, w przypadku, gdy zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaku towarowego, uniemożliwia badanie ofert. Kryteria równoważności powinny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Tylko przy wskazaniu kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności będzie możliwe stwierdzenie, czy że złożona oferta zawiera rozwiązania równoważne, a jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia albo odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie będzie odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia.

Kryteria stosowane w celu oceny równoważności to wymagania, które musi spełniać przedmiot zamówienia zaoferowany przez wykonawcę inny niż ten, który został opisany przez zamawiającego przez wskazanie znaku towarowego. Wymogi co do kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności powinny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia, który został opisany przez wskazanie znaków towarowych. Precyzyjne określenie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności pozwala zatem prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia lub jego elementy, do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt, aby spełniał on wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronna ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty (por. wyrok z dnia 20 marca 2017 r., KIO 413/17).

Dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może być spowodowane do fikcji polegającej na tym, że formułowane są takie dodatkowe, specyficzne i daleko idące wymogi co do rozwiązań równoważnych, które

są praktycznie niemożliwe do zrealizowania prowadząc do sytuacji, w której de facto można zaoferować wyłącznie rozwiązanie referencyjne (zob. wyrok z dnia 31 lipca 2017 r., KIO 1432/17).

Zamawiający korzystając z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp nie może żądać, aby produkt równoważny był identyczny (tożsamy) z przedmiotem zamówienia. W wyroku z dnia 24 lutego 2014 r. KIO 256/14 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Oferta równoważna to taka oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, aby to rozwiązanie (produkt) równoważne było rozwiązaniem, które nie jest identyczne ani też tożsame z rozwiązaniem referencyjnym, ale aby posiadało pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które zostały przez zamawiającego określone w treści SIWZ. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne rozwiązanie (produkt), a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to rozwiązanie (produkt), a czego niewątpliwie zamawiający nie określił. (...). Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia.”

W wyroku KIO/UZP 189/10 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.”

Zastosowanie rozwiązań równoważnych oznacza wykonanie zamówienia w sposób, jaki został przewidziany w SWZ, z tym, że z użyciem np. materiałów lub rozwiązań równoważnych do wymaganych przez zamawiającego.

Dopuszczenie składania ofert równoważnych wymaga precyzyjnego określenia przez zamawiającego minimalnych parametrów równoważności, w oparciu, o które zamawiający dokona badania ofert w zakresie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Zatem, aby prawidłowo zastosować art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp niezbędnym jest jasne i przejrzyste wskazanie w dokumentacji postępowania technicznych, funkcjonalnych czy jakościowych wymogów, dotyczących cech rozwiązań równoważnych. Brak takiego określenia uniemożliwia wykonawcom weryfikację, czy oferowany przez nich przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego – w tym porównanie istotnych właściwości oferowanych produktów do właściwości oczekiwanych przez zamawiającego – co uniemożliwia jednoznaczne przesądzenie kwestii równoważności produktów wykonawcy. Z drugiej strony brak jasności w zakresie skwantyfikowanych oczekiwań równoważności przez zamawiającego, powoduje brak możliwości badania i porównania złożonych ofert, w warunkach uczciwej i równej konkurencji.

Dla wykonawcy, który chce zaoferować rozwiązanie równoważne do wzorcowego, opisanego w przedmiocie zamówienia, a nie zadba o własny interes i nie będzie zabiegał o klarowne określenie wymagań równoważności, powoduje to istotną trudność, a często wręcz brak możliwości, udowodnienia zamawiającemu, że jego oferta spełnia cechy równoważne do przedmiotów wymaganych przez jednostkę zamawiającą. Brak określenia kryteriów równoważności, poprzez brak wskazania w dokumentacji postępowania jakie cechy i parametry w odniesieniu do konkretnego rozwiązania będą decydowały o równoważności stanowi naruszenie art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. Precyzyjne określenie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności ma istotny wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę, który zobowiązany jest wykazać, że oferowane rozwiązanie mieści się we wskazanych kryteriach stosowanych w celu oceny równoważności, a nie udowadniać równoważności w ogólnym, niesprecyzowanym zakresie (por. wyrok z dnia 8 listopada 2019 r., KIO 2125/19).

Przepis art. 99 ust. 5 ustawy Pzp nie daje zamawiającemu prawa wyboru, kiedy można dopuścić kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Z treści tego przepisu jednoznacznie wynika, iż dopuszczenie kryteria stosowane w celu oceny równoważności

musi mieć miejsce zawsze, kiedy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.

Nakaz, o którym mowa w art. 99 ust. 6 ustawy Pzp koreluje w sposób nierozdzielny z zasadami zawartymi w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Złamanie zakazu z art. Art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp musi więc prowadzić jednocześnie do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zakaz opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych nie ma wymiaru absolutnego

Przepisy art. 99 ust. 4 i 5 ustawy Pzp nie mają jednak wymiaru absolutnego.

W wyroku z dnia 21 marca 2013 r., III SA/Łd 1089/12 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi uznał za uzasadnione zarzuty zamawiającego dotyczące użycia w opisie przedmiotu zamówienia systemu operacyjnego nazwy Microsoft Windows 7 Professional. (...) Instytucja Zarządzająca stwierdziła, iż w zakresie postępowania dotyczącego realizacji projektu pn. „Efektywna edukacja gwarantem rozwoju lokalnego rynku pracy–budowa i wyposażenie Gimnazjum Gminnego w K.”, beneficjent opisując przedmiot zamówienia użył nazw własnych (...) Microsoft Windows 7 Professional bez możliwości zastosowania elementów/rozwiązań równoważnych. Tym samym naruszył przepis art. 29 ust. 3 Pzp2004. W ocenie kontrolującego opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaku towarowego oraz określenia „lub równoważne” nie było wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Sąd zwrócił uwagę, że na rynku praktycznie są dostępne trzy rodzaje oprogramowania a mianowicie Microsoft, Apple i Linux, które, jak trafnie podniesiono w skardze, nie współpracują ze sobą i są tzw. systemami zamkniętymi na konkurencję. Przedmiotem zamówienia było oprogramowanie podstawowe (Microsoft Windows 7 Professional) i było ono dostosowane do oprogramowania rozszerzonego, które zamawiający (szkoła) otrzymał i nadal otrzymuje z Ministerstwa Edukacji Narodowej. W ocenie Sądu jest rzeczą zrozumiałą, że wszystkie urządzenia (serwery,

stacje robocze, komputery) muszą ze sobą bezkonfliktowo współpracować a taką współpracę mogą zapewnić jedynie systemy operacyjne Microsoft dostosowane do posiadanego już oprogramowania. Słusznie zatem podniesiono w skardze, że gdyby wykonawcy zaproponowali inne niż Microsoft, oprogramowanie podstawowe (np. Apple lub Linux) to nie współpracowałoby ono z posiadanym oprogramowaniem rozszerzonym. Oznaczałoby to, że posiadane przez szkołę różne programy, pomimo obowiązywania na nie licencji, nie nadawałyby się do użytku.

Zdaniem Sądu, w sytuacji, gdyby w opisie przedmiotu zamówienia zostały dopisane słowa „lub równoważne”, oznaczałoby to dopuszczenie równoważnego oprogramowania operacyjnego co z kolei wiązałoby się z koniecznością wymiany całego oprogramowania dotychczas posiadanego przez szkołę i pociągałoby to za sobą znaczne koszty. W przekonaniu Sądu zrozumiała była decyzja zamawiającego o wyborze systemu operacyjnego Microsoft Windows 7 Professional. System ten pozwoli bowiem na bezkonfliktową współpracę ze sprzętem posiadanym przez szkołę oraz pozwoli na pełne wykorzystanie posiadanego przez szkołę oprogramowania. Co więcej, Sąd uznał, że decyzja taka jest racjonalna i podyktowana potrzebami szkoły (zamawiającego). Sąd zwrócił również uwagę, że żaden przepis prawa nie może być automatycznie stosowany w oderwaniu od realiów konkretnego stanu faktycznego z pominięciem skutków jakie może wywołać jego zastosowanie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kilkakrotnie podnoszono, że „... ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Nie powinna być również stosowana w swoistej próżni legislacyjnej, nieuwzględniającej zasad wyrażonych w innych przepisach, w szczególności wyrażonych w ustawie o finansach publicznych. Dopuszczenie stosowania przepisów ustawy prowadzące do narzucenia zamawiającym dokonywania zakupów, które nie odpowiadają ich potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności nie daje się pogodzić z postulatem racjonalności ustawodawcy...” Pogląd, że w przypadku systemu operacyjnego Microsoft Windows 7 Professional nie doszło do naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wyraził także Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych.

Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?



IWONA MILLER - RUTKOWSKA

Prawnik. Od 1999 r. Dyrektor Biura 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 udzielanie zamówień.

Zdobycie wiedzy eksperckiej w zamówieniach publicznych nie jest, niestety, prostą sprawą. Nie wystarczy bowiem czytać, ani nawet uważnie studiować przepisy ustawy Pzp i akty wykonawcze. Wiele przepisów łączy się ze sobą tworząc całe schematy, konstrukcje, które na pierwszy rzut oka nie są oczywiste. Mnogość przepisów wprowadza chaos i trudności interpretacyjne. Ponadto przepisy przepisami a życiem. Najciekawsze, najbardziej zawite sytuacje są trudne do wyobrażenia przy samym studiowaniu ustawy. Pojawiają się natomiast, najczęściej zupełnie nieoczekiwane, w zwykłych postępowaniach, gdzie nawet sam zamawiający nie spodziewał się jakichkolwiek problemów. Dlatego żeby zostać ekspertem w dziedzinie zamówień warto studiować takie „życiowe” przypadki, bo i nam mogą się przydarzyć. Najwięcej takich rzeczywistych sytuacji problemowych znajdziemy w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki, uchwały, postanowienia) i sądowym (także orzecznictwie unijnym) i dlatego warto je analizować na bieżąco. Nie można przy tym zapomnieć, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądowe należy czytać tematycznie całymi grupami, bo tzw. linie orzecznicze często się zmieniają. Jeżeli więc przeczytamy jedno jeden wyrok w danej sprawie to nie oznacza to jeszcze, że znaleźliśmy rozwiązanie.

Często bowiem jest tak, że pojawiają się kolejne wyroki o odmiennej interpretacji i w końcu ta odmienna interpretacja zostaje utrwalona i daje nam wskazówkę

jak postępować. Jeżeli nie mamy czasu albo ochoty studiować orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądowego, co często wiąże się z wielogodzinnym wertowaniem wielu stron internetowych, warto czytać dobre artykuły branżowe. Przy czym dobre według mnie to takie, które odwołują się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądowego (w tym unijnego) czy też wyników różnych kontroli. Takie rzetelne artykuły, często pisane przez praktyków zamówień publicznych z wieloletnim doświadczeniem są szczególnie cenne. Autorzy takich artykułów wybierają dla swoich czytelników to co ważne, wskazują najciekawsze orzecznictwo, pokazują różne możliwe spojrzenia na sprawę. Często dają też odpowiedź, jak radzić sobie w konkretnej sytuacji. Bardzo dobrym źródłem wiedzy o zamówieniach publicznych jest też analizowanie opinii prawnych Urzędu Zamówień Publicznych, bo chociaż te zwykle są dosyć enigmatyczne i nie zawsze spójne to jednak pokazują pewne tendencje. No i oczywiście najwięcej o zamówieniach uczymy się na błędach własnych i naszych zamówieniowych przyjaciół. Dlatego warto rozmawiać, spotykać się np. na szkoleniach, gdzie można podyskutować, wymienić się doświadczeniami, nawiązać fajne relacje. Czasem te relacje trwają latami i wówczas zawsze mamy pod ręką „telefon do przyjaciela”, który pomoże w trudnej sprawie. I najważniejsze – żeby zostać ekspertem w dziedzinie zamówień (lub jakiegokolwiek innej) trzeba tą dziedzinę zwyczajnie polubić.

Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?



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.

Myślę, że trzeba zacząć od tego kim jest ekspert zamówień publicznych. Na pewno ekspertami mogą być nie tylko osoby, które np. prowadzą kancelarie specjalizujące się w zamówieniach publicznych i na co dzień reprezentują strony przed Krajową Izbą Odwoławczą lub sądami. Ekspertami nie tylko będą osoby mające w dorobku wiele książek i artykułów z tematyki zamówień publicznych oraz tysiące przeprowadzonych godzin szkoleń i webinarów.

Ekspertem może być dosłownie każdy. Naprawdę. Każdy kto chce nim być. To oczywiście wymaga pracy, czasu i swoistej pasji oraz chęci poznania tematyki zamówień publicznych. Wreszcie wymaga to odpowiedniej współpracy z kimś kto może wprowadzić w świat zamówień publicznych i niejako „zarazić” chęcią do wyspecjalizowania się w tym.

Myślę, że w naszym kraju mamy naprawdę dużo takich ekspertów, czyli ludzi z wieloletnim doświadczeniem, wykonujących na co dzień żmudną i mało płatną pracę w różnych urzędach. Ludzi, którzy bardzo poważnie traktują swoją pracę, nie ulegają różnorodnym naciskom środowisk zainteresowanych takim, a nie innym rozstrzygnięciem procedury udzielenia zamówienia. Podchodząc jednak do tego pytania z należytą powagą postaram się odpowiedzieć, co konkretnie trzeba robić by tymże ekspertem zostać. Po pierwsze, absolutnie konieczna jest współpraca, pomoc kogoś kto, jak powiedziałem wyżej, wprowadzi w świat zamówień publicznych.

Nowy pracownik mający zająć się przygotowaniem i przeprowadzeniem procedury udzielania zamówienia publicznego jest w niezwykle trudnej sytuacji. Każdy z nas kiedyś zaczynał. Nie wystarczy tu wysłanie pracownika na nawet najlepsze szkolenie i kupienie mu dobrej książki o zamówieniach publicznych. Jakkolwiek szkolenia są potrzebne, ale nawet najlepszy trener w ciągu dwóch dni nie przygotuje nikogo do całkiem samodzielnej pracy w zamówieniach.

Zważywszy na to, że czasem są różne poglądy szkoleniowców na różne tematy, a przepisy orzecznictwa również się zmieniają, trudno tu też o stuprocentową pewność, że treści przekazywane na szkoleniu zawsze będziemy mogli wykorzystać w przyszłości w praktyce. Dlatego najlepiej, jeśli nowy pracownik (a w założeniu przyszły ekspert), będzie współpracował na co dzień z kimś doświadczonym, kto niejako krok po kroku będzie go wprowadzał w tą pracę i niwelował możliwości popełnienia poważnych błędów.

Po drugie, trzeba mieć na tyle chęci i samozaparcia, żeby się uczyć. Zapewne nie zostanie ekspertem ten kto tylko wymagane osiem godzin w pracy zajmuje się zamówieniami publicznymi. Trzeba poświęcić też swój czas i dużo czytać. Komentarze do ustawy – Prawo zamówień publicznych to oczywiście lektura obowiązkowa, ale też i inne książki, których dosyć sporo jest na rynku. Oprócz tego mnóstwo ciekawych, fachowych i bezpłatnych treści można znaleźć

w Internecie. Zamówieniowe fora internetowe dopełniają możliwości zdobywania wiedzy (choć co oczywiste, nie każdy kto coś napisze na forum ma rację). Powiedziałem (w liczbie mnogiej) o komentarzach do ustawy – Prawo zamówień publicznych. Różni komentatorzy mają czasem różne podejście do tego samego tematu. Warto i trzeba poznać różnorodne poglądy, bo niestety takie są zamówienia publiczne.

Po trzecie, w tym osobnym punkcie, chciałem napisać o orzecznictwie zamówień publicznych, przede wszystkim o orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Trzeba czytać wyroki, uchwały i postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej, np. przy okazji jakiegoś artykułu komentującego konkretną sprawę. Są tysiące wyroków, oczywiście nie ze wszystkim można się zapoznać, tym niemniej nie da się pracować, już nie mówiąc o byciu ekspertem, bez znajomości i umiejętności wyszukania odpowiedniego wyroku.

No i na koniec najważniejsze – praktyka czyni mistrza.

Na nic zda się przeczytanie mądrej książki i wyroku, jeśli nie dotkniemy zamówień publicznych od strony praktycznej. By zostać ekspertem trzeba przygotowywać i przeprowadzać postępowania o udzielanie zamówień publicznych zamówienia. Sporządzać dokumenty zamówienia (m. in. SWZ, zaproszenia do negocjacji) i ogłoszenia o zamówieniu. Zwracać uwagę na pojawiające się wątpliwości, dyskutować nad nimi, znajdować rozwiązania, a wreszcie – także popełniać błędy. Nie ma aż tak wybitnego eksperta, który by wszystko wiedział i nigdy nie popełnił błędu. Na błędach się uczymy, czasem boleśnie (np. korekta finansowa), czasem tylko przez wytknięcie błędu formalnego nie wpływającego w żaden sposób na przebieg postępowania. To też trzeba przeżyć.

Wreszcie i to co wiąże się z naszymi pomyłkami, czyli kontrola zamówień publicznych. To również nieunikniony element pracy kogoś kto aspiruje do roli eksperta. Musimy się z tym zmierzyć, objaśniać kontrolerom przebieg naszego rozumowania i czynności, które podjęliśmy, a czasem właśnie, z pokorą przyjmując pouczenie co do naszego niewłaściwego zachowania (choć niekiedy odwrotnie – polemizować z kontrolą do końca, wykazując, że to my mamy rację).

To i jeszcze wiele innych, małych i dużych zdarzeń, jest drogą do zostania ekspertem w zamówieniach publicznych. W moim życiu zawodowych spotkałem ich wielu – ludzi z bardzo różnym wykształceniem.

Normą jest, że zamówieniami publicznymi zajmują się osoby zazwyczaj nie będące prawnikami. Poznałem sporo osób bez wykształcenia prawniczego, których wiedza ekspercka znacznie przewyższa wiedzę wielu radców prawnych i adwokatów. Ja sam, kiedy prawie dwadzieścia lat temu zaczynałem moją przygodę z zamówieniami publicznymi, najwięcej nauczyłem od pani eksperta, która ukończyła studia na Akademii Wychowania Fizycznego.

Nie obawiamy się też, gdy zostanie złożone odwołanie w postępowaniu, które prowadzimy. Odwołania to nieunikniony element naszej zamówieniowej „przygody”. Wykonawcy mają prawo walczyć o swoje interesy i robią to, nawet jeśli mają wątpliwe argumenty na swoją korzyść. Wyjazd do Warszawy na ulicę Postępu 17A, gdzie mają swoją siedzibę Urząd Zamówień Publicznych i Krajowa Izba Odwoławcza, daje więcej niż jakakolwiek lektura orzeczeń KIO. Umiejętne przygotowanie się do argumentowania swoich racji przyda się, gdy w przyszłości będziemy szukać lepszej pracy (lub choćby żądać podwyżki od niezbyt hojnego pracodawcy).

Na koniec podzielę się jeszcze jednym osobistym doświadczeniem. Miałem wiele lat temu okazję reprezentować zamawiającego przed audytem Komisji Europejskiej, który przybył do Warszawy. Usiąść przed dwoma unijnymi urzędnikami (Greczynką i Francuzem w moim przypadku), przepytujących co do treści dokumentacji przeprowadzonego postępowania, jest doświadczeniem pamiętanym na całe życie. Według znanego powiedzenia – co cię nie zabije to cię wzmocni, uczestnictwo w takich „prześluchaniu” jest doświadczeniem nie do przecenienia.

Powie ktoś, i będzie miał rację, że cechą eksperta powinna być również zwięzłość i celność wypowiedzi, a nie rozwlekłość, która może kojarzyć się brakiem konkretnych argumentów, zastępowanych „wodolejstwem”.

Kończę więc i pozdrawiam wszystkich prawdziwych ekspertów.

Ogólnopolskie Stowarzyszenie Konsultantów Zamówień Publicznych to potencjał, z którego warto skorzystać

Rozmowa z Jerzym Wysockim, członkiem zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych



JERZY WYSOCKI

Członek Zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych, kierownik studiów podyplomowych na Wyższej Szkole Bankowej we Wrocławiu, certyfikowany ekspert ds. zamówień publicznych w specjalności wykładowca i doradca w ramach projektu KIGNET, autor artykułów i pozycji książkowych z dziedziny prawa zamówień publicznych. Realizował postępowania w ramach programów PHARE, SAPARD, PAOW, PROW, RPO i EFS. Pełnomocnik w postępowaniach odwoławczych. Wykładowca problematyki prawa zamówień

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Przede wszystkim gratuluję Panu wyboru na członka zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych. Znając Pana doświadczenie w zamówieniach publicznych to wybór doskonały.

JERZY WYSOCKI: Dziękuję bardzo za taką ocenę. Cieszę się, że tak znana i doświadczona osoba zajmująca się zamówieniami publicznymi tak mnie ocenia. Pozwolę sobie jednak zauważyć: jestem w tej szczęśliwej sytuacji, że mogę pracować wśród wielu doświadczonych ekspertów i fachowców z dziedziny zamówień publicznych. Zarządowi OSKZP obecnie przewodniczy Piotr Pieprzycza zastępując Ewę Wiktorowską na tej funkcji, ponadto mam możliwość współpracy w zarządzie OSKZP z Agnieszką Szulakowską, Iwoną Ziarniak, Katarzyną Skiba-Kuraszkiewicz oraz Grzegorzem Mazurkiem. Członkami naszego stowarzyszenia są zarówno osoby występujące po stronie zamawiającego jak i wykonawców. Daje to

nam możliwość dyskusji między osobami, które na sprawę zamówień publicznych spoglądają z różnych stron i pod różnym kątem. Nie bez znaczenia jest fakt, że nie tylko prawnicy dostrzegają nasz dorobek i potencjał dołączając do naszego grona. Myślę, że naszą mocną stroną jest fakt, że są wśród nas osoby, które odpowiadają merytorycznie za przedmiot zamówienia, jego opis, realizację. Wszak celem zamówień publicznych jest realizacja tego co potrzebuje zamawiający: dostawy, usługi, roboty budowlanej, celem postępowań jest realizacja przedmiotu zamówienia. Celem wykonawcy jest natomiast moim zdaniem, uzyskanie odpowiedniego zysku dzięki realizacji zamówień. Odpowiednie procedury umożliwiają wykonawcom, którzy konkurują na równych, znanych wszystkim zasadach wpracowania tego zysku. Procedury ma ją za zadanie stać na straży proporcjonalności, obiektywizmu, ale i efektywności, dbałości o ekologię i odpowiedzialnie społecznie zamówienia.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Ogólnopolskie Stowarzyszenie Konsultantów Zamówień Publicznych jest najdłużej funkcjonującym i najbardziej znanym w Polsce stowarzyszeniem zajmującym się problematyką zamówień publicznych. Stowarzyszenie zrzesza wielu bardzo znanych i cenionych w Polsce ekspertów zamówień publicznych. Czy nie wydaje się Panu, że autorzy przyszłych zmian ustawy powinni w większym zakresie korzystać z doświadczenia członków Stowarzyszenia?

JERZY WYSOCKI: Kolejna miła ocena naszego Stowarzyszenia, dziękuję. Organizacje pozarządowe, czyli takie jak nasze Stowarzyszenie mogą i powinny współpracować z administracją publiczną w tym z autorami przyszłych zmian ustawy. Korzystanie z doświadczenia osób profesjonalnie zajmującymi się daną dziedziną, w moim odczuciu będzie zawsze z korzyścią dla obu stron. Taka współpraca jest w sumie zgodna z zapisaną w Konstytucji zasadą subsidiarności. Zgodnie z tą zasadą każdy szczebel władz powinien realizować tylko te zadania, które nie mogą być skutecznie realizowane przez szczebel niższy. Władze nie powinny brać tylko na siebie realizacji tych przedsięwzięć, które mogą być także podjęte przez w tym wypadku organizacje pozarządowe wśród wielu których jest i nasze Stowarzyszenie. Istotą zasady pomocniczości wyraża stwierdzenie „tyle państwa, na ile to konieczne, tyle społeczeństwa, na ile to możliwe”. Stąd, istotne jest by była faktyczna możliwość współpracy, czyli rozumiem to w taki sposób by organizacje pozarządowe nie tylko mogły wyrazić swój pogląd, ale także administracja publiczna będzie brała pod uwagę zaprezentowane poglądy. W obecnym stanie prawnym, współpraca i udział organizacji pozarządowych w rozwiązywaniu problemów oraz realizacji zadań publicznych są zapisane w wielu ustawach. Największe pole do współpracy mają samorządy gminne i powiatowe, rzadziej władze wojewódzkie (samorządowe i rządowe), stosunkowo chyba najmniejsza, ale moim zdaniem bardzo istotna jest rola organizacji na szczeblu władz krajowych. W przypadku administracji rządowej rola organizacji ma najczęściej charakter konsultacyjny co jako Stowarzyszenie realizujemy będąc proszonym o zajęcie stanowiska w zakresie dziedziny jaką zajmujemy się, czyli zamówień publicznych. Zwiększenie korzystania z doświadczeń osób zajmujących się pod różnym kątem zamówieniami publicznymi, w moim odczuciu zawsze w większym lub mniejszym, ale zawsze pozy-

tywnym skutkiem może przynieść efekty dla wszystkich stron. Wydaje się, że te korzyści mogą pojawić się w szczególności dla zmagających w zakresie efektywności i racjonalności wydatków publicznych a po stronie wykonawców stabilności, proporcjonalności, oraz uczciwych i przejrzystych zasad. Jednocześnie nasze doświadczenie wskazuje, że należy iść jeszcze w większym zakresie w kierunku odformalizowania zamówień publicznych by celem był przedmiot zamówienia nie procedura jego zamawiania. Szczególnie wykonawcy w naszym stowarzyszeniu zwracają na to uwagę. Ich doświadczenie jest jedną z podstaw wiedzy dla autorów przyszłych zmian ustawy. Warto szukać rozwiązań w tym kierunku.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: A jak Pan, osoba o dużej wiedzy i doświadczeniu, ocenia nową ustawę, po ponad 15 miesiącach jej funkcjonowania? Czy ustawa spełniła Pana oczekiwania?

JERZY WYSOCKI: Faktycznie sejm RP uchwalił nową ustawę – Prawo zamówień publicznych w dniu 11 września 2019 r. Minęło więc już ponad 15 miesięcy. Można krótko, nieco humorystycznie stwierdzić: sam ustawodawca doszedł do wniosku, że nie spełnia ona jego oczekiwań, skoro do tej chwili ją tyle razy nowelizował. Jednak bardziej poważanie, choć także krótko stwierdzić można, spełnia dla mnie podstawowe oczekiwanie: po prostu jest. To moje stwierdzenie wynika z faktu, że problemami zakupów zajmowałem się jeszcze przed 1995 rokiem. Ustawa zamówienia publiczne pojawiła się dopiero na koniec 1994 roku. Wcześniej faktycznie nie było spójnych, jednakowych dla wszystkich, zasad co poczytuję w tamtym okresie jako wadę. Oczywiście od tego czasu minęło wiele lat. Z tego co zauważyłem przez ten czas zdążyło się wiele osób urodzić, wykształcić i trafić do systemu zamówień. Może przejdę teraz do odniesienia się w zakresie aktualnej ustawy. Co zauważam pozytywnego w ustawie z 2019 roku. W pierwszej kolejności należy pozytywnie wskazać na przejrzystą konstrukcję ustawy, doprecyzowania określić zawartych w ustawie, możliwość składanie przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. Niezwykle ważnym i pozytywnym elementem, który wpływa w mojej ocenie na osiągnięcie efektywności procesu zakupowego jest wprowadzenie obowiązkowej elektronicznej zamówień publicznych. Radykalne odejście od formy papierowej powoduje zmniejszenie kosztów przeprowadzenia postępowania, postępowanie stało się bardziej dynamiczne a dla wykonawcy dysponuje

faktycznie dłuższym czasem na przygotowanie i przesłanie oferty nie musząc w tym procesie uwzględniać przekazania przez operatora pocztowego pisemnej formy oferty. Ponadto nie ma już konieczności archiwizacji dokumentów w formie „tradycyjnej”, tj. papierowej. Dobrym rozwiązaniem w nowej ustawie są regulacje dotyczących umów z zakresu zamówień publicznych. W ustawie wskazuje się, że postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. W nowej ustawie wprost wyspecyfikowano katalog postanowień, jakie powinna mieć wzorcowa umowa, a jakie postanowienia umowne są sprzeczne, co w konsekwencji ma charakter klauzul abuzywnych. Jednak trudno nie wskazać na pewne wady. W mojej ocenie jedną z wad jest nadmierne uszczegółowienie niektórych obszarów co w konsekwencji przełożyło się na obszerność ustawy. W nowej ustawie mamy 623 artykuły. W pierwszej ustawie było ich raptem 97. Sam ustawodawca to zauważa pisząc w dokumencie pt. „Ocena skutków regulacji projektu ustawy – „Prawo Zamówień Publicznych” (druk sejmowy nr 3624), przygotowanym przez Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, że: ustawa jest niezwykle długa. Nie jest to aspekt dyskwalifikujący, gdyż ustawa reguluje szereg skomplikowanych kwestii, jednak w tej sytuacji tym bardziej ustawodawca powinien zadbać o prostotę i zrozumiałość stosowanego języka. Należy podkreślić, że adresatami ustawy są w znacznej części małe i średnie przedsiębiorstwa (co wielokrotnie podkreśla się w uzasadnieniu do ustawy). Mało przejrzyste przepisy będą szkodliwe przede wszystkim dla firm z sektora MŚP, które dysponują ograniczonymi zasobami na precyzyjną analizę aktów prawnych. Ponadto dla mnie wydaje się nadmiernym formalizmem wprowadzenie obowiązku sporządzania analizy potrzeb i wymagań zamawiającego. Faktycznie przygotowanie tej analizy ta jest czynnością związaną z przygotowaniem postępowania i ma zapewnić realizację zamówienia zgodnie z obowiązującym prawem. A przecież od początku wprowadzenia uregulowań prawnych dotyczących zamówień publicznych zamawiający to czyni.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Z danych zamieszczonych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że W 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 3700 wyroków, w 2020 r. – 3545 wy-

roków, w 2019 r. – 2695 wyroków, w 2018 r. – 2711 wyroków, a w 2017 r. – 2749 wyroków. Przepisy o zamówieniach publicznych funkcjonują już 27 lat. Co może być przyczyną rosnącej liczby orzeczeń?

JERZY WYSOCKI: Krajowa Izba Odwoławcza została powołana ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560) jako stały organ wyłącznie właściwy do rozpoznawania w pierwszej instancji odwołań od niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Izba ma charakter organu sądowego w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, co potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 13 grudnia 2012 r. (sprawa C-465/11 Forposta, ABC Direct Contact). Wydaje się, że obserwowany wzrost odwołań to częściowo wynik panującej epidemii. W okresie epidemii doszło do sytuacji, w której zmniejszyła się liczba postępowań. Nie tylko chodzi tu o postępowania publiczne, także sektor prywatny zmniejszył dynamikę zakupową. Taka sytuacja wprost przekłada się na liczbę możliwych umów do realizacji a tym samym przekłada się to na zmniejszenie szans na uzyskanie zamówienia. Powyższe fakty spowodowały większą determinację wykonawców w walce o zamówienia. Prosta zasada mniej zamówień – większa konkurencja, przekłada się na liczbę odwołań. Zamówienia publiczne gwarantują stały i pewny strumień przychodów, co w obecnej sytuacji COVID-19 jest bardzo atrakcyjne dla przedsiębiorców. W sytuacji hossy na rynku firmy łatwiej mogą wybierać, czy chcą realizować projekty publiczne, trudniejsze i z większym ryzykiem biznesowym, czy projekty dla klientów prywatnych. Gdy na stole leżą praktycznie tylko projekty publiczne, walka konkurencyjna przekłada się na liczbę odwołań. Epidemia wymusiła w sumie pozytywny trend składania odwołań w formie elektronicznej. Krótki czas na złożenie odwołania z elektroniczną możliwością jego złożenia, wydłuża faktycznie wykonawcy czas na przemyślenie i złożenie w terminie odwołania. Wysłanie dokumentów pocztą lub kurierem oznacza mniej czasu na jego sporządzenie. Trudno w tym miejscu nie zwrócić także uwagę na większą świadomość i wiedzę wykonawców. Wykonawcy dysponując fachowo przygotowaną kadrą, łatwiej zauważają w odwołaniu swoje szanse. Coraz bardziej zauważam na podpyłomowych studiach zamówień publicznych rosnącą liczbę słu-

chaczy pracujących po stronie wykonawcy. Nie tylko to widać na WSB we Wrocławiu, gdzie wykładam, ale także na innych uczelniach, na których mam zaszczyt dzielić się moją wiedzą i doświadczeniem.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Współczesny rynek (komercyjny) dostaw, usług i robót budowlanych jest rynkiem bardzo dynamicznym, opartym w dużej części o procedury negocjacyjne. Na podstawie informacji zawartych w sprawozdaniach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych można przypuszczać, że średni czas trwania postępowania w trybie podstawowym i przetargu nieograniczonym to odpowiednio 41 i 95 dni. A biorąc pod uwagę złożoność obowiązującej ustawy to może jeszcze więcej. Czy nie wydaje się Panu, że długie, skomplikowane i obciążone dużym formalizmem procedury udzielania zamówień publicznych, raczej nie sprzyjają funkcjonowaniu i rozwojowi zamawiających?

JERZY WYSOCKI: Nie mam wątpliwości, że długie, skomplikowane i obciążone dużym formalizmem procedury udzielania zamówień publicznych, nie sprzyjają funkcjonowaniu i dynamice realizacji przedmiotu zamówienia. Postrzegam bardzo pozytywnie wprowadzenia dla wartości poniżej progu unijnego trybu podstawowego w trzech wariantach. Szczególnie duży potencjał widzę w wariantach drugim i trzecim. Rozwiązanie to zachęca do dialogu zamawiającego z wykonawcami w celu uzyskania lepszych rozwiązań, uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów. Przyjrzenie się etapom postępowania w wariantach drugim i trzecim ten entuzjazm nieco stygnie. Dla wariantu drugiego trybu podstawowego w pierwszym etapie postępowania wykonawcy w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu składają oferty. SWZ jest publikowana na stronie internetowej zamawiającego od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zgodnie z przyjętą przez ustawodawcę procedurą Zamawiający po otwarciu ofert weryfikuje złożone oferty na okoliczność podstaw do ich odrzucenia z postępowania, a następnie zaprasza wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, do drugiego etapu, czyli do negocjacji w zakresie kryteriów oceny ofert. Po zakończeniu negocjacji zamawiający informuje o tym fakcie wykonawców i zaprasza ich do trzeciego etapu, jakim jest złożenie ofert ostatecznych, spośród których wybrana zostanie oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. Dla wariantu trzeciego

trybu podstawowego w etapie pierwszym zamawiający publikuje ogłoszenie o zamówieniu, a w ślad za tym na stronie internetowej zapewnia wykonawcom pełny i nieograniczony dostęp do OPW. W odpowiedzi na ogłoszenie wykonawcy składają ofertę, która podlega w ramach drugiego etapu negocjacji w zakresie warunków zamówienia w celu podniesienia efektywności danego zamówienia. Dopiero po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w OPW, w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji. Następuje trzeci etap, w którym to zamawiający zaprasza wykonawców do złożenia ofert ostatecznych. Do zaproszenia załącza SWZ, której treść ustalił w trakcie negocjacji. W odpowiedzi na zaproszenie wykonawcy składają oferty ostateczne, na podstawie których zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Myślę, że czytelnik tego wywiadu już zauważył, że takie etapowanie wydłuża czas niezbędny na przeprowadzenie postępowania. Stąd chyba fakt, że większość zamówień jest udzielana w wariantach pierwszym, czyli stosunkowo krótkim czasowo. Dotychczasowa praktyka wskazała, że warto przemyśleć co można zmienić by pozostałe dwa warianty były mniej formalne pozostawiając niewątpliwe zalety trybu negocjacyjnego. W zakresie nadmiernego formalizmu trudno nie wspomnieć o próbie wprowadzenia kategorii „zamówień bagatelnych”. Ich udzielanie miało wymagać organizowania bardziej sformalizowanych procedur. W konsekwencji próba wprowadzenia „zamówień bagatelnych” budziła pewne kontrowersje, przede wszystkim w związku ze spodziewanym sformalizowaniem i spodziewanym wydłużeniem procesów zakupowych, które dotychczas nie były poddane takim rygorom formalnym.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Na podstawie art. 139 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać jednolitego dokumentu wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. Jaki jest sens żądania jednolitego dokumentu po ocenie ofert, skoro można już wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona do złożenia podmiotowych środków dowodowych, dokonać kwalifikacji podmiotowej w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty?

JERZY WYSOCKI: Właśnie. Przed momentem pochylaliśmy się na potrzebą odformalizowania postę-

powarń. W swoim komentarzu do ustawy, Urząd Zamówień Publicznych wskazuje, że art. 139 ust. 2 pojawił się w ustawie celem uelastycznienia i odformalizowania postępowań. Ma to być nowym ułatwieniem w procedurze odwróconej umożliwiające zamawiającemu wskazania w SWZ, że będzie wymagał JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. W ten sposób zakres dokumentów składanych przez wykonawcę wraz z ofertą jest ograniczony do minimum. Pytanie jaki jest sens żądania jednolitego dokumentu po ocenie ofert, skoro można już wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona do złożenia podmiotowych środków dowodowych, dokonać kwalifikacji podmiotowej w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty, jest jak najbardziej zasadne. Oczywiście można w tym miejscu przetoczyć treści JEDZ, które muszą być przekazane Zamawiającemu. Jednak jesteśmy zgodni, że w tym miejscu na pewno jest potencjał do dalszego odformalizowania postępowań bez szkody dla celów ustawy. Skoro już mówimy o JEDZ trudno nie wskazać na Część IV. Kryteria kwalifikacji sekcja α: Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji. Jeżeli postkwalifikacja ma przynieść uproszczenie procedur, to należy mocniej, moim zdaniem, wskazywać na możliwość zastosowania tej możliwości w JEDZ. Zamawiający może odstąpić od żądania szczegółowego wypełnienia części IV poprzez wskazanie jakimi wcześniej wykonanymi zamówieniami wykonawca potwierdza doświadczenie, jakim dysponuje sprzętem, jakimi osobami itd., itp. Zamawiający może wymagać jedynie złożenia w/w oświadczenia w części IV sekcja α, czy wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Po prostu w sytuacji zaznaczenia punktu α, pozostałych punktów części IV się nie wypełnia. Szczegółowe informacje oraz dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału będzie przedstawiał, na żądanie zamawiającego, jedynie wykonawca, który złoży najkorzystniejszą ofertę. Jest to mało wykorzystywany element dotyczący JEDZ'a. Dodatkowo Zamawiający w celu ułatwienia wykonawcom wypełnienia JEDZ'a, może przygotować uprzednio formularz elektroniczny wypełniając część I, zaznaczając mające zastosowanie w postępowaniu podstawy wykluczenia w części III oraz punkt α w części IV. Przygotowany już w ten sposób dokument w formacie xml można umieścić na stronie internetowej obok ogłoszenia i SIWZ. Wyko-

nawca dzięki temu poświęci dużo mniej czasu na wypełnienie formularza co faktycznie przekłada się na rzeczywiste uproszczenie procedury.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Czy obowiązujący próg stosowania ustawy w przypadku zamówień klasycznych udzielanych przez zamawiających publicznych powinien zostać podwyższony, np. do 260 000 złotych? Obowiązujący próg 130 000 złotych ze względu na rosnące ceny rynkowe chyba już stracił na znaczeniu.

JERZY WYSOCKI: W przypadku postępowań do 130 000 zł zamawiający faktycznie nie mogą stosować przepisów ustawy Pzp. Jednak nie jest to tak, że zamawiający mają w tym zakresie pełną dowolność. Faktycznie zdecydowana większość zamawiających to podmioty należące do sektora finansów publicznych. Z racji tego, że wydatkują one publiczne pieniądze, muszą mieć na uwadze przepisy ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych a w szczególności jej art. 44 ust. 3. Każde zamówienie musi być udzielane nie tylko celowo, ale i oszczędnie, celem uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów. Do tego zamawiający ma prawo uwzględniać konieczność zrealizowania zadania w odpowiednim terminie. Brak obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp, nie powoduje więc całkowitej dowolności w wydatkowaniu środków publicznych. Dodatkowo praktycznie większość zamawiających wprowadziła wewnętrzne regulaminy udzielania zamówień do tego progu opisując w nich zasady konkurencyjności, jawności, proporcjonalności. Co do zasady Zamawiający ma obowiązek oszacować wartość zamówienia zgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp. Czyli mamy trochę paradoksalną sytuację: by do 130 000 zł nie stosować ustawy należy najpierw ją zastosować w zakresie zasad szacowania wartości zamówienia i dopiero gdy zamawiający ustali, że brak jest obowiązku udzielenia zamówienia w trybie wskazanym przez ustawę Pzp nie stosuje jej. Stąd nie mam wątpliwości, że ten próg może być dużo wyższy. Aż boję się własnego stwierdzenia, że ta wartość mogła by być nawet do progu unijnego np. jaki jest obecnie dla dostaw i usług. Może przy tym wyższym progu (dużo wyższym) warto pomyśleć, czy te zaproponowane i uchylone procedury dla zamówień bagatelnych nie powinny być zastosowane dla tych zaproponowanych wartości. Myślę, że faktycznie wtedy można będzie umówić o odformalizowaniu zamówień. Wiem,

że jest to dość odważna propozycja. Ale może warto ją przemyśleć, nieco zmodyfikować, dostosować?

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Wróćmy do Stowarzyszenia. Czy Stowarzyszenie szykuje propozycje zmian do ustawy?

JERZY WYSOCKI: Jako Ogólnopolskie Stowarzyszenie Konsultantów Zamówień Publicznych nie szykujemy gotowej propozycji ustawodawczej w zakresie zmiany Pzp. Oczywiście staramy się wskazywać obszary możliwe do poprawy i modyfikacji.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Jak wspomniałem Stowarzyszenie zrzesza wielu bardzo znanych i cenionych w Polsce ekspertów zamówień publicznych. To, osoby z olbrzymim potencjałem wiedzy i doświadczenia w zamówieniach publicznych. Być może właśnie Stowarzyszenie powinno być inicjatorem dobrych zmian w ustawie.

JERZY WYSOCKI: Tak, to prawda w naszym gronie jest wielu bardzo znanych i cenionych w Polsce ekspertów zamówień publicznych. To, osoby z olbrzymim potencjałem wiedzy i doświadczenia w zamówieniach publicznych. Każdy kto jest inicjatorem faktycznie dobrych zmian powinien próbować je wdrażać. Tak jest i w tej sytuacji. Staramy się przekazywać kompetentnym osobom nasze stanowiska celem ich wdrożenia. Nasz głos jest uzewnętrzniany nie tylko poprzez oficjalne stanowiska naszej organizacji. Nasz głos to są komentarze naszych członków stowarzyszenia na konferencjach, w czasopiśmie i wydawanych komentarzach, które są autorstwa naszych członków stowarzyszenia.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Minęło ponad 15 miesięcy od wejścia w życie ustawy. Jest Pan bardzo doświadczonego praktykiem. Które przepisy ustawy wymagają zmian?

JERZY WYSOCKI: Wskażę tylko na jeden element, choć jest ich wiele. Wskażę na sprawozdanie z udzielonych zamówień publicznych. Inspiracją jest fakt, że w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych w art. 34 w ust. 1 po pkt 11 został dodany pkt 12, w którym rozszerza się katalog form realizacji zasady jawności finansów publicznych o umowy zawarte przez jednostki sektora finansów publicznych. W dodanym art. 34a została wprowadzona nowa instytucja rejestru umów zawartych przez jednostki sekto-

ra finansów publicznych. Rejestr ten będzie systemem teleinformatycznym prowadzonym przez Ministra Finansów i ma zawierać informacje dotyczące umów zawartych przez jednostki sektora finansów publicznych, w tym umów z zakresu zamówień publicznych, które mogą podlegać udostępnieniu na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2020 r. poz. 2176, z późn. zm.). Stosownie do dodawanego art. 34a ust. 5, w rejestrze umów zamieszczać się będzie informacje o umowach zawartych w formie pisemnej, dokumentowej, elektronicznej albo innej formie szczególnej, których wartość przedmiotu przekracza 500 zł (nowelizacja zakłada wartość 5 000 zł). Uważam, że te dwa rejestry powinny być połączone w jeden system. Ponadto, skoro zamówienia powyżej progu 130 000 zł są ogłaszane elektronicznie czy faktycznie systemy informatyczne nie mogą ze sobą współpracować by to co faktycznie zostało ogłoszone przez zamawiającego i zakończyło się podpisaniem umowy nie mogłoby być automatycznie „zasysane” do sprawozdania z udzielonych zamówień?

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Czy certyfikacja wykonawców zamówień publicznych rzeczywiście usprawni udzielanie zamówień publicznych?

JERZY WYSOCKI: Mamy nadzieję, że tak. Zostały już rozpoczęte prace nad certyfikacją wykonawców chcemy by udało się zrealizować cel tej certyfikacji: zmniejszeniu po stronie wykonawców liczby obowiązków związanych ze składaniem dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z informacji Ministerstwa Rozwoju i Technologii wynika, że w/w cel umożliwi wykonawcy, który skorzysta z certyfikacji, by zamiast wielokrotnego gromadzenia i składania licznych dokumentów na potrzeby poszczególnych postępowań (np. zaświadczenia z Urzędu Skarbowego lub ZUS, informacje z KRK), wykonał to wyłącznie raz na własnie na potrzeby certyfikacji. Założenie jest by następnie, przez cały okres ważności certyfikatu, mógł się nim posługiwać w celu pozyskania nowych zamówień publicznych, w tym np. wykazać brak podstaw wykluczenia z udziału w konkretnym postępowaniu. Inaczej mówiąc, rolą certyfikatu będzie potwierdzenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówień publicznych. W założeniach wskazuje się na dwa rodzaje certyfikatu pomocnych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy będzie służył do wykazania braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępo-

wania na dostawy, usługi i roboty budowlane (np. brak zaległości podatkowych, niekaralność). Drugi rodzaj certyfikatu przeznaczony będzie do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, np. dysponowanie odpowiednim doświadczeniem, personelem, sprzętem. Założenie jest by certyfikację przeprowadzały niezależne od zamawiającego oraz wyspecjalizowane w tym zakresie podmioty. Na podstawie złożonych dokumentów zweryfikują one sytuację wykonawcy pod kątem spełniania przez niego określonych wymagań. Jeżeli wykonawca będzie spełniał te wymagania, to otrzyma stosowny certyfikat, który następnie będzie mógł przedkładać zamawiającym. Mechanizm certyfikacji będzie miał fakultatywny charakter. To oznacza, że zamawiający nie będą zobowiązani do żądania złożenia stosownego certyfikatu. Posłużenie się certyfikatem będzie zawsze zależało od wykonawcy. Wykonawcy, którzy nie będą mieć certyfikatu, będą mogli wykazać brak podstaw wykluczenia z postępowania lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu w „tradycyjny” sposób. Oznacza to, że proponowane rozwiązanie w postaci certyfikacji wykonawców będzie polegała na wprowadzeniu dodatkowych możliwości, a nie na zastąpieniu dotychczasowych nowymi. W marcu 2022 r. rozpoczęły się konsultacje Zielonej księgi certyfikacji wykonawców. Zielona księga certyfikacji wykonawców zamówień publicznych jest wynikiem dotychczasowych analiz oraz dyskusji prowadzonych wewnątrz MRIiT, jak i na forum powołanego przez Ministra Rozwoju i Technologii Zespołu do spraw certyfikacji wykonawców w zamówieniach publicznych oraz polityki zakupowej państwa. W jego skład wchodzi przedstawiciele administracji rządowej, zamawiających, organizacji zrzeszających wykonawców oraz eksperci. W Zielonej księdze poddano pod dyskusję kluczowe zagadnienia związane m.in. z zakresem certyfikacji, podmiotami certyfikującymi, sposobem wszczęcia procedury, odmową wydania certyfikatu, certyfikacją w zakresie zdolności i zasobów wykonawców, okresem ważności certyfikatu. Stowarzyszenie zostało zaproszone do zaprezentowania swojego stanowiska. Zarząd OSKZP zebrał, usystematyzował otrzymane od naszych członków uwagi, spostrzeżenia, odpowiedzi na pytania a następnie przekazał nasze stanowisko.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Jak nazwa wskazuje Stowarzyszenie zrzesza konsultantów zamówień publicznych. Co do zasady są to raczej osoby działa-

jące po stronie zamawiających. Czy członkiem Stowarzyszenia może być wykonawca? A może warto rozważyć powołanie stowarzyszenia wykonawców zamówień publicznych lub powołać specjalną grupę ekspertów ukierunkowaną na wykonawców?

JERZY WYSOCKI: Przepraszam, ale w nazwie: Ogólnopolskie Stowarzyszenie Konsultantów Zamówień Publicznych nie zauważam, by wskazywała ona tylko na zamawiających. W naszym gronie od początku istnienia Stowarzyszenia są wykonawcy. Nie tylko zresztą oni, ale także w naszym gronie są oczywiście prawnicy, informatycy, budowlańcy itd. Itp. Proszę zwrócić uwagę, że nie dzieliłem naszych członków na wykonawców i zamawiających ten podział jest tylko jednym z możliwości systematyzacji profesji naszych członków. Można stwierdzić, że w naszym gronie są informatycy zarówno ze strony zamawiającego jak i wykonawcy, podobnie budowlańcy, osoby zajmujące się sprawami gospodarczymi czy administracyjnymi itd. itp. W obecnym Zarządzie OSKZP mamy przedstawicieli wykonawców stąd nie widzimy konieczności powoływania odrębnego dla wykonawców Stowarzyszenia. Jak już na wstępie stwierdziłem członkami naszego stowarzyszenia są zarówno osoby występujące po stronie zamawiającego jak i wykonawców. Daje to nam możliwość konfrontacji stanowisk z różnych punktów widzenia. Spotykamy się nie tylko (jak to w tej chwili już popularne) online, gdzie poszczególni nasi członkowie prezentują wewnątrz naszej organizacji swoje stanowiska. Co pewien czas spotykamy się na terenie całej Polski (wszak nasze stowarzyszenie jest ogólnopolskie), najczęściej w soboty i niedziele, by dyskutować o prawie zamówień publicznych często do późnych godzin nocnych. Zauważamy większą świadomość i wiedzę wykonawców zakresu zamówień publicznych. Obecność, koleżanek i kolegów reprezentujących zarówno wykonawców i zamawiających, w naszym stowarzyszeniu pozwala w szerszym zakresie zauważać potrzeby obu środowisk.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Czy stowarzyszenia dokonało już analizy Polityki zakupowej państwa? A jeżeli nie, to może warto takiej analizy dokonać.

JERZY WYSOCKI: Trudno nie analizować dokumentu o charakterze strategicznym. Zasadniczo kierowany jest do administracji rządowej. Rada Ministrów przyjęła Politykę zakupową państwa w formie uchwały. Polityka ta została przyjęta na najbliższe 4 lata to jest obejmuje lata 2022–2025. Wszystkie trzy założenia

priorytetowe wskazane w Polityce zakupowej państwa są nam bliskie. Nie ma wątpliwości, że tworzona polityka powinna realnie przyczyniać się do rozwoju potencjału MŚP, profesjonalizacji kadr i prowadzić do udzielania zrównoważonych zamówień publicznych. Założeniem jest by Polityka zakupowa państwa pomagała zarządzać zakupami sektora publicznego w Polsce. Do tej pory zamawiający sami decydowali, jakich narzędzi używają – teraz otrzymają wskazówki, jak korzystać z narzędzi Pzp. Mam nadzieję, że będą to wskazówki i pomoc dla zamawiających a nie kolejne ograniczenia formalne i biurokratyczne, nic nie wnoszące procedury. Odczuwam lekki niepokój w tym obszarze.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Jak Pan, osoba z olbrzymim doświadczeniem, ocenia profesjonalizację zamówień publicznych? Polityka zakupowa państwa przewiduje np. funkcjonowanie: asystenta ds. zamówień publicznych, samodzielnego nabywcy publicznego, specjalisty ds. zamówień publicznych, specjalisty ds. danej kategorii, kierownika ds. umów, kierownika działu oraz wyznacza ramy wiedzy i kompetencji tych osób. Czy w praktyce profesjonalizacja zamówień publicznych chociażby w tym zakresie będzie możliwa do zrealizowania?

JERZY WYSOCKI: Kolejny raz, mam wrażenie, że na wyrost Pan mnie tak pozytywnie ocenia. Mam nadzieję, że nie pogniewa się Pan jak stwierdzę, że nie odbieram siebie jako osoby o olbrzymim doświadczeniu. Jakieś doświadczenie faktycznie posiadam, ale skłania mnie ono raczej do dużo surowszej oceny siebie w tym zakresie. Ale dziękuję za przychyłność. Przechodząc do profesjonalizacji zamówień to od lat nasze stowarzyszenie wskazuje na tę konieczność. Odpowiednia profesjonalna kadra to w pierwszej kolejności większa efektywność. Ponadto tak dużo obecnie mówi się o innowacyjności zamówień publicznych. Uważam, że osoby profesjonalnie przygotowane, znające meandry pracy mają większe szanse na przeprowadzenie innowacyjnego postępowania celem uzyskania większych efektów jak dotąd, standardowo bywało. Niestety faktycznie mamy coraz więcej ograniczeń formalnych i organizacyjnych. Należy wskazać, że zamówienia publiczne to nie tylko procedury, ogłoszenie, to przede wszystkim przedmiot zamówienia. Często zadaję pytanie czy architekt, który projektuje dla miasta szkołę (opisuje przedmiot zamówienia wykonując pomocnicze działania zaku-

powe) to musi znać Prawo zamówień publicznych czy w sumie nie musi? Takie pytanie, ale w zakresie Prawo Budowlanego budziło by zdziwienie, przecież jest to tak oczywiste, że architekt musi mieć uprawnienia/wiedzę/doświadczenie budowlane by jego efekt pracy, dokumentacja uzyskała odpowiednie decyzje, zezwolenia uzgodnienia. Ale w zakresie zamówień publicznych? Moim zdaniem zdecydowanie ten, w tym miejscu wskazany architekt musi znać Prawo zamówień publicznych. Musi wiedzieć np. co ze sprawą używania nazw własnych, patentu, pochodzenia, podanych norm, jak uzasadnia powód zastosowania nazw własnych i co to są te „lub równoważne”. Staram się wskazać, że koniecznością profesjonalizacji kadr musi być objęta większa grupa osób poza tymi, którzy odpowiadają za procedury przeprowadzenia postępowania. Profesjonalizacją powinni być także objęci ci, którzy odpowiadają za opis przedmiotu zamówienia, stawiane warunki udziału w postępowaniu czy kryteria oceny ofert. Czy to się uda? Nie wiem. Ale jestem pewien, że należy ku temu dążyć i próbować.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Dziękuję bardzo za rozmowę.



Zmiana zakresu podwykonawstwa wskazanego w ofercie

CZY ZAKRES PODWYKONAWSTWA WSKAZANY W OFERCIE STANOWI O SPOSOBIE SPEŁNIENIA ŚWIADCZENIA PRZEZ WYKONAWCĘ I MOŻE ULEGAĆ ZMIANIE PO ZŁOŻENIU OFERTY?
CZY WYKONAWCA, KTÓRY DEKLARUJE, ŻE WYKONA ZAMÓWIENIE Z UDZIAŁEM PODWYKONAWCY W KONKRETNYM, OGRANICZONYM ZAKRESIE MOŻE PÓŹNIEJ PODNOSIĆ, ŻE PODWYKONAWCOM ZOSTANIE POWIERZONA WIĘKSZA CZĘŚĆ ZAMÓWIENIA?



MIKOŁAJ KOŁECKI

Adwokat. Autor publikacji z dziedziny prawa zamówień publicznych. Specjalizuje się w problematyce umów o roboty budowlane



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w zamówieniach publicznych

W wyroku z dnia 13 lipca 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do zmiany zakresu podwykonawstwa wskazanego w ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza:

- 1) podzieliła stanowisko zawarte w wyroku z dnia 26 września 2016 r., KIO 1708/16, że „treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji”;
- 2) uznała, że „Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do (...) warunków i sposobu realizacji oraz

innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.”;

- 3) podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 listopada 2017 r., KIO 2245/17, zgodnie z którym: „(...) zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. (...) wykonawca, który deklaruje, iż wykona zamówienie z udziałem podwykonawcy w konkretnym, ograniczonym zakresie (w tym wypadku w zakresie prac konserwatorskich), nie może później podnosić, że podwykonawcom zostanie powierzona jednak

większa część zamówienia. Tym bardziej do rozszerzenia zakresu podwykonawstwa w stosunku do treści oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie nie jest uprawniony sam Zamawiający, na podstawie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby”;

Powyższe okoliczności, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywały na złożenie oferty, która w swej treści jest niezgodna z art. 22a ust. 4 Pzp2004 (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Skoro oferta została złożona z naruszeniem art. 22a ust. 4 Pzp2004 (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), to zaistniała przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp2004 (art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

W postępowaniu zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający podał, że: „W ocenie Zamawiającego odpowiedź Wykonawcy, w tym nowe zobowiązanie nie potwierdziły, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zobowiązanie do udostępnienia potencjału złożone przez (...) nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że to ten podmiot wykona zamówienie co narusza art. 22a ust. 4 ustawy Pzp2004. Według Zamawiającego, zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, niedopuszczalne jest uzupełnienie na etapie badania i oceny ofert zakresu podwykonawstwa podmiotu udostępniającego potencjał, w przypadku, gdy w pierwotnie złożonej ofercie istnieje różnica między udostępnionym potencjałem, a zakresem podwykonawstwa jakie podmiot trzeci musi zrealizować na podstawie art. 22a ust. 4 Pzp2004 (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp).

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie przyjmuje się, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby podlega procedurze uzupełnienia określonej w art. 26 ust. 3 Pzp2004 (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp). W ocenie Odwołującego w sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym (niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia)

to podmiot udostępniający zasoby powinien w sposób wyraźny zobowiązać się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Taki charakter mają niewątpliwie zasoby dotyczące doświadczenia, kwalifikacji zawodowych lub wykształcenia, które w przedmiotowej sprawie zostały udostępnione wykonawcy przez podmiot trzeci. Tym samym udostępnienie na rzecz Wykonawcy zasobów przez podmiot trzeci powinno przybrać postać faktycznej realizacji robót, do których udostępniane zdolności były wymagane. Z dokumentacji postępowania wynika natomiast, że podmiot trzeci zobowiązał się do udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia jedynie przez konsultacje i doradztwo przy wykonywaniu prac.

W ocenie Odwołującego w zaistniałej sytuacji Zamawiający obowiązany był wezwać Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) do uzupełnienia zobowiązania złożonego przez podmiot trzeci o wskazanie sposobu realizacji zamówienia zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 Pzp2004 (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), lub – stosownie do art. 22a ust. 6 Pzp2004 (art. 122 ustawy Pzp) do zastąpienia tego podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami albo do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, z jednoczesnym wykazaniem zdolności dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, czego Zamawiający nie uczynił (tak w uchwale z dnia 9 lipca 2019 r., KIO/KD 47/19, wyroku z dnia 7 czerwca 2019 r., KIO P 930/19 i wyroku z dnia 8 kwietnia 2019 r., KIO 494/19).

W ocenie Odwołującego z tych powodów należy uznać, że Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Zamawiający zaniechał takiego wezwania, a w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania poinformował, że niezasadne było wzywianie Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004 (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) prawidłowego zobowiązania do udostępnienia potencjału – co jednak nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów Pzp2004, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w ocenie stanu faktycznego kluczowym i decydującym elementem była treść formularza oferty, w którym Odwołujący

wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcy następujące części zamówienia: doradztwo, konsultacje i nadzór oraz oświadczenie złożone na formularzu JEDZ część II pkt C: INFORMACJE NA TEMAT POLEGANIA NA ZDOLNOŚCI INNYCH PODMIOTÓW, gdzie Odwołujący w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V” zaznaczył odpowiedź TAK. Analiza treści formularza ofertowego (w szczególności pkt 7) wskazuje, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia, powierzając zakres wymagany do zrealizowania przez podmiot udostępniający zasoby w postaci niezbędnego doświadczenia, w granicach węższych niż było to wymagane warunkiem udziału w postępowaniu, ograniczając go jedynie do doradztwa, konsultacji i nadzoru.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zakres wskazany do realizacji przez podwykonawcę jest elementem oferty, stanowiącym o sposobie realizacji zamówienia tj. sposobie spełnienia świadczenia i jako element oferty nie może ulec zmianie po terminie składania ofert, tym bardziej, że odnosi się do obszaru decydującego o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a zatem jest decydującym co do możliwości ubiegania się przez wykonawcę o przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie ulegało wątpliwości, że zaoferowany przez Odwołującego w ofercie sposób realizacji zamówienia, stanowi naruszenie przepisu art. 22a ust. 4 Pzp2004 (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), bowiem Odwołujący, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ, a który na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polega na zasobach innego podmiotu, oferuje realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w granicach mniejszych, niż zdolności (tu doświadczenie) wymagane do realizacji tego zamówienia. Prowadzi to do wniosku, iż podmiot trzeci, który posiada zdolności (doświadczenie) do realizacji usługi, dla której te zdolności są wymagane, nie będzie realizował tej usługi w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zawarte w wyroku z dnia 26 września 2016 r., KIO 1708/16, że „treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia

stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji”.

Treść oferty to formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Na gruncie przepisów ustawy Pzp, treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości, warunków i sposobu realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła również stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 listopada 2017 r., KIO 2245/17, zgodnie z którym: „zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Idąc dalej to art. 22a ust. 4 Pzp2004 (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp) wskazuje, że określone zasoby wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy zamówieniach na roboty budowlane lub usługi mogą być realnie udostępnione tylko przez realizację ich przez podmioty udostępniające, a w konsekwencji art. 36b ust. 2 Pzp2004 (art. 462 ust. 7 ustawy Pzp) nakazuje zachowanie ciągłości spełniania warunków udziału w razie konieczności zmiany podwykonawcy. Tym samym przedmiotem oceny Zamawiającego powinno być z jednej strony to, jak będzie wykonane zamówienie, a z drugiej czy potencjał udostępniony został w sposób realny i czy ta realność została zachowana tak w ofercie, jak i na etapie wykonania zamówienia (por. wyrok z dnia 14 września 2017 r., KIO 1751/17).

Dlatego też w ocenie Krajowej Izby wykonawca, który deklaruje, iż wykona zamówienie z udziałem podwykonawcy w konkretnym, ograniczonym zakresie (w tym wypadku w zakresie prac konserwatorskich), nie może później podnosić, że podwykonawcom zostanie powierzona jednak większa część zamówienia. Tym bardziej do rozszerzenia zakresu podwykonawstwa w

stosunku do treści oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie nie jest uprawniony sam Zamawiający, na podstawie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby”.

Powyższe okoliczności, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywały na złożenie oferty, która w swej treści jest niezgodna z treścią art. 22a ust. 4 Pzp2004 (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), zgodnie z którą odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Skoro oferta została złożona z naruszeniem art. 22a ust. 4 Pzp2004, to zaistniała przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp2004 (art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej żądanie Odwołującego dotyczące wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego jest próbą niedopuszczalnej przez ustawę Pzp ingerencji w treść oferty, która ma na celu uzupełnienie treści oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Izba wskazuje, że oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego, czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego. W związku z powyższym, nie potwierdził się zarzut, iż zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do wezwania zobowiązania podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004 (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp), podczas gdy miał obowiązek wezwania, bowiem Odwołujący złożył ofertą niezgodną z art. 22a ust. 4 Pzp2004 (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp), podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp2004 (art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że okoliczności te stanowią podstawę do zwolnienia Zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp).



Wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Określenie terminu wykonania zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy

Uchwała z dnia 17 sierpnia 2021 r., KIO/KD 13/21

W postępowaniu Zamawiający jako kryteria oceny ofert określił: cenę – waga 60%, okres gwarancji – waga 20%, termin realizacji – waga 20%, przy czym wskazany przez wykonawcę termin realizacji zamówienia nie mógł być dłuższy niż 6 tygodni od dnia podpisania umowy. W ramach kryterium termin realizacji Zamawiający przyznawał punkty w następujący sposób: za zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie: do 4 tygodni od dnia podpisania umowy zamawiający przyznawał 20 punktów, do 5 tygodni od dnia podpisania umowy – 10 punktów, do 6 tygodni od dnia podpisania umowy – 0 punktów.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych odwołując się do opinii biegłego uznał, że termin 6 tygodniowy jest nierealny, tym bardziej 4 tygodniowy. W terminach tych nie jest realne wykonanie od podstaw urządzenia wysokospecjalistycznego jakim jest tokarka CNC. W tym terminie nie można wykonać, dostarczyć i uruchomić nawet konwencjonalnej tokarki. Termin ten dotyczyć może wyłącznie urządzeń gotowych, znajdujących się w magazynie producenta.

Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych odnosząc się do dokonanych przez biegłego ustaleń przedstawił, argumentację dotyczącą należytego sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Podsumowując wskazał, iż w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia, wypełnienie dyspozycji przepisu art. 7 ust. 1 Pzp2004 oraz art. 29 ust. 2 Pzp2004 oznacza m.in., że zamawiający nie może określić terminu realizacji zamówienia w sposób nieuzasadniony i odbiegający od realnych możliwości potencjalnego wykonawcy.

Określenie przez zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją danego typu zamówień, może uniemożliwić wzięcie udziału w postępowaniu potencjalnym wykonawcom, a zatem może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, w szczególności w oparciu o dokumentację kontrolowanego postępowania oraz opinię biegłego, że zamawiający poprzez określenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób, który bezspornie odbiegał od rzeczywistych możliwości wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia naruszał dyspozycję art. 29 ust. 2 Pzp2004, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one zatem ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, zobiektywizowanych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku i obiektywną możliwość realizacji danego zamówienia.

Określenie przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją danego typu zamówień, może uniemożliwić wzięcia udziału w postępowaniu potencjalnym wykonawcom i w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Sama intencja skorzystania z dofinansowania i określenie końcowej daty realizacji zamówienia uwzględniającej konieczność rozliczenia projektu, nie może stanowić jedynej przesłanki dla ustalenia terminu wykonania zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że narzucone w umowie o dofinansowanie projektu terminy nie zwalniają zamawiającego z obowiązku przestrzegania przepisów ustawy Pzp, które nakazują stosowanie się do zasad w niej sformułowanych. W związku z powyższym, w szczególności w oparciu o dokumentację kontrolowanego postępowania oraz opinię biegłego, Kontrolujący podniósł, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający poprzez określenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób, który odbiegał od rzeczywistych możliwości wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia naruszył dyspozycję art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że narzucone w umowie o dofinansowanie projektu terminy nie zwalniają zamawiającego z obowiązku przestrzegania przepisów ustawy Pzp, które nakazują stosowanie się do zasad w niej sformułowanych.

W związku z powyższym, w szczególności w oparciu o dokumentację kontrolowanego postępowania oraz opinię biegłego, Kontrolujący podniósł, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający poprzez określenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób, który odbiegał od rzeczywistych możliwości wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia naruszył dyspozycję art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W uchwale z dnia 17 sierpnia 2021 r., KIO/KD 13/21 Krajowa Izba Odwoławcza uznała stanowisko Prezesa UZP za uzasadnione.





Różne stawki podatku VAT w złożonych ofertach

Uchwała z dnia 1 lutego 2019 r. KIO/KD 4/19

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku przeprowadzonej kontroli w informacji o wyniku kontroli stwierdził naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy D. S.A., która zawierała nieprawidłową stawkę podatku VAT w zakresie wyburzenia i rozbiórki istniejącej zabudowy.

W postępowaniu złożonych zostało pięć ofert, w których uwzględniono różne stawki VAT, tj. w trzech ofertach przyjęto stawkę 8% i 23%, w jednej stawkę 8%, a w jednej ofercie nie wskazano stawki VAT. Dokonując czynności badania ofert Zamawiający wezwał Wykonawców o wyjaśnienie dotyczące zastosowanych stawek VAT. Następnie uznał, iż wszyscy Wykonawcy przedstawili dostateczne wyjaśnienia uzasadniające przyjęte stawki i nie odrzucił żadnej z ofert. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Wykonawcy D. S.A., który w swojej ofercie przyjął dwie stawki podatku VAT – 8% dla robót budowlanych związanych z budynkiem, w tym dla wyburzenia i rozbiórki istniejącej zabudowy, wykończenia ścian zewnętrznych istniejącego budynku oraz do części robót sanitarnych i elektrycznych, 23% VAT do pozostałych robót.

W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w postępowaniu nie było możliwe dokonanie porównania ofert, których ceny zostały wyliczone w różny sposób, co czynić ma nieprawidłowymi czynność oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11). W sytuacji, gdy Zamawiający nie podał w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, na Wykonawcy spoczywał obowiązek samodzielnego jej ustalenia w oparciu o aktualne przepisy, a następnie oceny przyjętych do wyliczenia ceny ofert składników cenotwórczych, jakim jest stawka podatku VAT. Przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi o błędzie w obliczeniu ceny i zastosowanie winien mieć przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004.

Mając na uwadze indywidualną interpretację podatkową z dnia 19 maja 2015 r., wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie – obniżona stawka 8% przewidziana w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT nie znajduje zastosowania do czynności dokonania rozbiórki istniejącej na nieruchomości zabudowy, gdyż nie zostały one wymienione w przepisie, w którym mowa o dostawie, budowie, remoncie, modernizacji, termomodernizacji, przebudowie obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 6.12.2016 r., I Sa/Gd 1162/16, w którym odwołano się do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 czerwca 2013 r., I FPS 7/12 w pojęciach: budowa, remont i przebudowa (...) na pewno nie mieści się rozbiórka mieszkaniowego obiektu budowlanego, która to czynność pozostaje zresztą w całkowitej sprzeczności z celem tych unormowań, wspierających tworzenie oraz utrzymanie substancji mieszkaniowej na możliwie najmniej dla konsumentów dolegliwym pod względem ekonomicznym poziomie (stąd obniżony VAT), a nie jej likwidacja, co stanowi cel rozbiórki. Nawet gdyby przyjąć, że rozbiórka ma poprzedzać tworzenie nowych obiektów budownictwa mieszkaniowego, to biorąc pod uwagę szczególny charakter tych norm i konieczność ich ścisłej wykładni, przy jednoczesnej możliwości rozdzielenia tych procesów (rozbiórki i budowy), brak jest podstaw do objęcia czynności rozbiórki mieszkaniowego obiektu budowlanego obniżoną stawką VAT.

Zamawiający ostatecznie nie ustalił, która stawka podatku jest prawidłowa, nawet w chwili złożenia odwołania przez Wykonawcę M. na zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, zawierającej nieprawidłową, obniżoną stawkę podatku VAT. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty postawione w odwołaniu, a po odrzuceniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą unieważnił uznanie odwołania z uwagi na fakt, że zainicjowane przez M.

postępowanie odwoławcze zostało formalnie zakończone bez rozstrzygnięcia co do istoty sprawy.

W związku z powyższym zaniechanie prawidłowej oceny zastosowania stawki podatku VAT doprowadziło do wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004, co stanowi naruszenie przepisów mające wpływ na wynik postępowania.

W piśmie wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający złożył zastrzeżenia. Wskazując na dochowanie zasad z art. 7 Pzp2004, na jakich udzielone zostało zamówienie, Zamawiający odniósł się do przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego dotyczącego stawek podatku VAT przyjętych przez Wykonawców w tym postępowaniu i uzyskanej opinii służby finansowej. W ocenie Zamawiającego oferty, w których zaoferowano różne stawki podatku VAT były porównywalne, a złożone wyjaśnienia nie dawały podstaw do uznania ich za nieprawidłowe.

Przy różnych opiniach eksperckich i przeważającym poglądzie, iż budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego, będąca usługą kompleksową, jest opodatkowana 8% stawką podatku VAT, Zamawiający nie miał podstaw uznać, iż zaoferowana przez D. SA cena zawiera błąd w obliczeniu, tym bardziej, iż była to cena ryczałtowa za kompleksową robotę budowlaną. Zamawiający przyjął wyjaśnienia Wykonawcy, w których ten wskazał, iż w sytuacji gdy roboty budowlane, w tym roboty rozbiórkowe, stanowią integralną część zadania inwestycyjnego, którego przedmiotem jest budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego, realizowanego w ramach przepisów o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego, podlegają 8% stawce VAT. Dla przyjęcia stawki 8% zostały spełnione przesłanki z art. 41 ust. 12 ustawy VAT, tj. zakres wykonanych robót budowlanych dotyczył budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy, robót konserwacyjnych budynków, które prowadzone były na obiektach zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Zamawiający przywołał fragment uzasadnienia wyroku z dnia 6 maja 2011 r., KIO 874/11, w którym wskazano jako odpowiedzialnego na gruncie przepisów podatkowych za prawidłowe ustalenie wysokości podatku VAT, wykonawcę dokonującego klasyfikowania przedmiotu opodatkowania do właściwej grupy statystycznej. Składając ofertę wykonawca winien uwzględnić odpowiednią – jego zdaniem – stawkę

podatku VAT, co stanowi wyłączne uprawnienie podatnika – wystawcy faktury, czyli wykonawcy na gruncie zamówień publicznych. Zamawiający zakwestionował jako nieodpowiednie do stanu faktycznego występującego w sprawie, interpretację podatkową oraz wyrok WSA, przywołane w uzasadnieniu informacji dla stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Jako wiążące dla spraw, w jakich zostały wydane, nie mogą stanowić podstawy do ustalenia właściwej stawki podatku VAT w przedmiotowym zamówieniu.

Z uwagi na wielość opinii dotyczących opodatkowania całej inwestycji Zamawiający odwołał się do przepisów ustawy – Prawo budowlane i rozumienia „budowy” oraz „roboty budowlanej”, zgodnej z art. 3 pkt 6 i 7. Zamawiający uznał, że roboty budowlane mające na celu wybudowanie budynku należy traktować, jako usługę kompleksową, obejmującą z ekonomicznego punktu widzenia wiele świadczeń pomocniczych, których realizacja prowadzi do jednego, określonego celu – wykonania świadczenia głównego – wybudowania budynku. Prowadzenie prac rozbiórkowych, było jedynie elementem świadczenia usługi kompleksowej i nie stanowiło dla Zamawiającego celu samego w sobie, lecz było środkiem do zrealizowania usługi zasadniczej. Z orzecznictwa TSUE jednoznacznie wynika, że w sytuacji gdy (...) dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatkowych od wartości dodanej (wyrok TSUE C-111/05 Aktiebolaget NN v. Skatteverket; C-41/04 Levob Verzekeringen BV v. OV Bank NV).

Gdyby nawet uznać, z czym Zamawiający się nie zgadza, że zastosowana do robót rozbiórkowych stawka była nieprawidłowa, to przyjęcie stawki 23% pozostawałoby bez wpływu na wynik w postępowaniu, gdyż oferta wybrana nadal byłaby najtańsza. Nie zmieniałoby to sytuacji pozostałych Wykonawców, jak również nie wpływałoby na możliwość uzyskania przez nich zamówienia.

Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004. Utrzymując wcześniejsze stanowisko dotyczące błędnej stawki VAT przyjętej w ofercie wybranej, w odpowiedzi wskazano na niedo-

stateczny zakres działań Zamawiającego, który nie wystąpił do Ministra Finansów o wyrażenie opinii, na co wskazywał Dyrektor finansowy wypowiadając się w przedmiocie stawki 8% mającej mieć zastosowanie do kompleksowej usługi budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego. Z uwagi na rozbieżne wyjaśnienia Wykonawców Zamawiający powinien dążyć do ustalenia, czy oferty zawierające dwie stawki 8% i 23% są prawidłowe.

Gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego prezentowane w zastrzeżeniach co do kompleksowości roboty budowlanej mającej uzasadniać przyjęcie jednolitej stawki 8% za roboty rozbiórkowe, to zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wówczas do całego zamówienia powinna być zastosowana jedna stawka podatku VAT. Taka sytuacja nie miała miejsca, chociażby ze względu na fakt, iż Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawców (zawierające obie stawki podatku VAT) za wystarczające i nie budzące wątpliwości. Ponadto, traktowanie odrębnych świadczeń jako jednego świadczenia złożonego ma charakter wyjątkowy, stanowiący odstępstwo od zasady odrębnego opodatkowania każdego świadczenia według właściwej dla niego stawki podatku VAT (wyrok NSA z dnia 1 czerwca 2011 r., I FSK 869/10, wyrok NSA z dnia 6 czerwca 2012 r., I FSK 1374/11).

Ponieważ pojęcie „świadczenia złożonego” stanowi wytwór orzecznictwa, w każdej sprawie należy indywidualnie i wąsko interpretować stan faktyczny. Odnosząc się do rozumienia na gruncie orzecznictwa europejskiego „świadczenia jednolitego” Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przywołał wyrok Trybunału z dnia 6 lipca 2006 r. w sprawie C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs Excise, w którym wskazano na potrzebę prymatu ochrony zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kilku dostaw, jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego.

Według ukształtowanej linii orzeczniczej, roboty rozbiórkowe stanowią odrębne od budowy budynku mieszkalnego usługi podlegające opodatkowaniu różnymi stawkami VAT (wyrok WSA z dnia 6 grudnia 2016 r., I Sa/Gd 1162/16 oraz wyrok NSA z dnia 28 sierpnia 2013 r., I FSK 1346/12), w którym skład orzekający stwierdził, że do prac rozbiórkowych mieszkaniowego obiektu budowlanego nie ma zastosowania obniżona stawka VAT, z wyjątkiem przypadków, gdy prace te są koniecznym elementem przebudowy

takiego obiektu. W przedmiotowej sprawie taki wyjątek nie zachodzi. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zgodził się z Zamawiającym, iż rozbiórka obiektu budowlanego mieści się w pojęciu robót budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego. Nie mieści się jednak w katalogu czynności określonych w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, które nie wyczerpują w pełni zakresu definicji robót budowlanych. Odpierając argument o braku wpływu stawki podatku VAT na sytuację w postępowaniu, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11 wskazał, iż oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT wpływającą na wysokość ceny brutto zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż czynność oceną oferty wybranej złożonej przez D. S.A. naruszała przepisy Pzp2004 w ten sposób, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, tj. uwzględniającej nieprawidłową stawkę podatku VAT 8% dla robót rozbiórkowych i wyburzeniowych.

Zasadniczym dla prezentowanej w dalszej części opinii zagadnieniem pozostawało ustalenie czy prace rozbiórkowe stanowią element niezbędny i konieczny dla wykonania robót budowlanych obejmujących budowę obiektu mieszkalnego, a tym samym jako usługa kompleksowa podlegają opodatkowaniu wspólną stawką podatku VAT 8%. Roboty rozbiórkowe nie mieszczą się bowiem w katalogu czynności określonych w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, wymienionych enumeratywnie jako dostawa, budowa, remont, modernizacja, termomodernizacja, przebudowa obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, dla których ustawodawca przewidział preferencyjną stawkę podatku VAT.

Zamawiający uznał, że roboty budowlane mające na celu wybudowanie budynku należy traktować, jako usługę kompleksową, obejmującą z ekonomicznego punktu widzenia wiele świadczeń pomocniczych, których realizacja prowadzi do jednego, określonego celu – wykonania świadczenia głównego – wybudowania budynku. Prowadzenie prac rozbiórkowych, miało być jedynie elementem świadczenia usługi kompleksowej i nie stanowiło dla Zamawiającego celu

samego w sobie, lecz było środkiem do zrealizowania usługi zasadniczej.

Odnosząc się do przedstawionego zagadnienia Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż brak było dostatecznych przesłanek do przyjęcia, iż prace rozbiórkowe na nieruchomości, na jakiej ma zostać wybudowany budynek mieszkalny, stanowią element powiązany gospodarczo z budową w takim stopniu, iż ich wydzielenie miałoby sztuczny charakter. Dla stwierdzenia takiego stopnia powiązania, w ocenie Izby koniecznym było wykazanie, iż wykonanie robót rozbiórkowych stanowiło konieczny do przeprowadzenia budowy element prac, w rozumieniu, na jaki wskazano w wyroku NSA z dnia 28 sierpnia 2013 r., I FSK 1346/12, czyli konieczny element przebudowy obiektu mieszkaniowego.

W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie zachodziła, gdyż roboty rozbiórkowe stanowiły etap niezbędny do przygotowania nieruchomości, na której miał zostać wybudowany budynek mieszkalny i musiały być wykonane, ale na etapie budowy obiektu mieszkaniowego już nie występowały. Faktycznie etap wyburzenia budynków stanowił element niezależny tak pod względem technologicznym, jak i ekonomicznym od prac budowlanych obiektu mieszkaniowego. Jedyna zależność, jaka występowała wynikała z potrzeby przygotowania placu pod budowę obiektu mieszkaniowego, dla którego ustawodawca przewidział preferencyjną stawkę podatku VAT.

Technicznie prace te mogłyby być wykonane przez inny podmiot, co w żaden sposób nie wpływałoby na wykonanie zasadniczej budowy. Ich włączenie do przedmiotu zamówienia nie było wystarczające dla stwierdzenia, iż grupa prac tworzy świadczenie jednolite w rozumieniu przepisów podatkowych. Wypracowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) i jednolitego ich opodatkowania, w sensie normatywnym opiera się na bardzo ogólnych definicjach i nie ma określonych normatywnie kryteriów, które pozwalałyby w sposób precyzyjny wyznaczyć wytyczne dla oceny występujących powiązań pomiędzy czynnościami składającymi się na przedmiot świadczenia złożonego.

Szeroko na ten temat wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r., I FSK 958/10, prezentując tam szereg orzeczeń ETS, jak i sądów krajowych. Chociaż rozstrzygnięcie Sądu dotyczyło dostawy wyrobów medycznych wraz z

adaptacją pomieszczeń, w których sprzęt ten miał pracować, to zasadnicza kwestia oceny powiązań tych świadczeń może mieć odniesienie do niniejszego przedmiotu zamówienia.

Przyjmując argumenty Sądu, dla przyjęcia jednolitej stawki podatku VAT przewidzianej dla budownictwa mieszkalnego, koniecznym było wykazanie przez Zamawiającego, iż wykonanie robót rozbiórkowych jest tak ściśle powiązane z budową budynku mieszkalnego, że bez nich budowa budynku zostałaby pozbawiona pełnej funkcjonalności.

W opinii Izby takiego rodzaju powiązanie musiałoby towarzyszyć budowie, czyli być koniecznym elementem robót ściśle związanych z budową nowego budynku mieszkalnego, co towarzyszy tzw. przebudowie istniejącego obiektu. Samo istnienie potrzeby przygotowania nieruchomości pod budowę nowego obiektu od podstaw, która to czynność powszechnie towarzyszy pracom budowlanym, nie ma takiego charakteru i nie stoi na przeszkodzie do stwierdzenia, iż roboty te mogą być wykonane przez dowolny podmiot. Ich efekt będzie identyczny niezależnie od podmiotu, który miałby je wykonać. Można wskazać, iż proces rozbiórkowy stanowi element niezależny od budowy, a zatem wydzielenie tych robót z zamówienia głównego nie miałoby charakteru sztucznego, zakłócającego dalszy proces budowy.

Odnosząc się do podniesionego argumentu Zamawiającego, iż ustalenie jako właściwej stawki 23% VAT, nie zmieniałoby wyniku postępowania, należy zauważyć, iż wniosek ten dotknięty jest błędem, gdyż wybór oferty podlegającej odrzuceniu zawsze ma wpływ na wynik postępowania. Zamawiający skupiając się na matematycznym aspekcie niższej stawki VAT nie odnosi się do zasadniczej kwestii, jaką jest dopuszczenie do oceny w kryterium oceny, oferty podlegającej odrzuceniu. Oferta ta niezależnie od tego, czy jest najkorzystniejsza nie powinna być wybrana.

Źródło: www.uzp.gov.pl

Jak szacować wartość zamówienia na budowę mostu?



Uchwała z dnia 14 października 2021 r., KIO/KD 19/21

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (w skrócie „Prezes UZP”) zarzucił Zamawiającemu, że w dniu 30 listopada 2020 r. udzielił, bez stosowania przepisów Pzp2004, czterech zamówień dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w P.” na łączną kwotę 510 477,74 zł brutto (415 022,55 zł netto), zamówień na:

- 1) „Zakup stalowej konstrukcji mostu jedno-przęsłowego, dwuściennego” (wynagrodzenie wykonawcy: 128 000 zł netto, 157 440 zł brutto);
- 2) „Budowę mostu w P. – roboty fundamentowe i umocnienie skarp” (wynagrodzenie wykonawcy: 104 122,55 zł netto, 128 070 zł brutto);
- 3) „Budowę mostu w P. – barierki i organizacja ruchu” (wynagrodzenie wykonawcy: 55 000 zł netto, 67 650 zł brutto);
- 4) „Budowę mostu w P. – montaż konstrukcji stalowej” (wynagrodzenie wykonawcy: 127 900 zł netto, 157 317 zł brutto).

Zawarcie w dniu 30 listopada 2020 r. czterech umów dotyczących realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w P.”, na łączną kwotę 510 477,74 zł brutto, zostało poprzedzone przeprowadzeniem postępowań w trybie zaproszenia do złożenia oferty, na podstawie przepisów wewnętrznych Zamawiającego

dotyczących udzielania zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający naruszył przepisy: art. 5b pkt 2 oraz art. 32 ust. 2 i 4 Pzp2004, ponieważ zaniechał łącznego szacowania wartości zamówienia, udzielanego w czterech częściach, a w rezultacie dopuścił się niedozwolonego podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów Pzp2004, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp2004 poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp2004.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że:

- 1) pomiędzy wszystkimi czterema częściami zachodziła tożsamość przedmiotowa (dotyczą one realizacji tego samego projektu – budowy mostu w P.) oraz tożsamość czasowa (choć zaproszenia do złożenia oferty zostały przesłane w różnych terminach, to wszystkie zamówienia zostały udzielone na podstawie zleceń w dniu 30 listopada 2020 r., w których wyznaczono taki sam lub zbliżo-

- ny termin realizacji dostaw (14 lub 30 dni liczonych od podpisania umowy));
- 2) wykonanie ww. zamówień mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy;
 - 3) w zakresie zamówienia pn. „Budowa mostu w P. – roboty fundamentowe i umocnienie skarp” ofertę złożył inny wykonawca, co nie wpływa na fakt, iż wszystkie roboty budowlane wchodzące w zakres realizacji projektu pn. „Budowa mostu w Plutach” mógł zrealizować jeden wykonawca posiadający odpowiednie doświadczenie.

Kontrolujący podkreślił, iż argumentacja Zamawiającego dotycząca tego, że zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia z uwagi na zaistniałą awarię mostu, co spowodowało „odcięcie od świata” mieszkańców P., nie uzasadniała braku stosowania przepisów ustawy Pzp, jeżeli wartość szacunkowa zamówienia przekroczyła równowartość kwoty 30 000 euro. W zaistniałej sytuacji, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, Zamawiający mógł rozważyć udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 14 października 2021 r., KIO/KD 19/21 uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej cztery zamówienia dotyczące realizacji inwestycji publicznej pn. „Budowa mostu w P.” stanowiły jedno zamówienie na roboty budowlane, ponieważ na rynku funkcjonuje wielu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia w sposób kompleksowy tj. wybudowania mostu wraz z dostarczeniem odpowiednich materiałów budowlanych oraz zapewnieniem odpowiedniej organizacji ruchu. Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że pomiędzy wszystkimi czterema zamówieniami, których Zamawiający udzielił odrębnie, składającymi się na inwestycję pn. „Budowa mostu w P.” zachodzi tożsamość przedmiotowa, gdyż dotyczą realizacji tego samego projektu. Wartość szacunkowa zamówienia na „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” (określona przez Zamawiającego na kwotę 29 981,50 euro), które to zlecenie stanowiło dostawę niezbędną do realizacji całego projektu – powinna zostać zsu-

mowana z wartością szacunkową robót budowlanych mających za przedmiot budowę mostu. Podobnie zamówienie na „Budowę mostu w P. – barierki i organizacja ruchu”, na które składała się dostawa barierek, ich montaż oraz organizacja ruchu, winno być szacowane łącznie z wartością szacunkową robót budowlanych mających za przedmiot budowę mostu.

Kolejne dwa zamówienia dotyczyły zlecenia robót fundamentowych i umocnienia skarp oraz montażu konstrukcji stalowej. Te z kolei niewątpliwie stanowią poszczególne części realizacji tego samego projektu, mającego za przedmiot budowę mostu. Składających się na inwestycję pn. „Budowa mostu w P.” zostały sporządzone w październiku 2020 r., a zatem w dniu 5 listopada 2020 r., udzielając pierwszego z zamówień, Zamawiający posiadał już wiedzę o potrzebie udzielenia kolejnych trzech zamówień, zleconych 20 listopada 2020 r. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, można mówić o istnieniu między zamówieniami ścisłego związku czasowego w sytuacji, gdy zaproszenie do złożenia oferty na zadanie pn. „Zakup stalowej konstrukcji mostu jednoprzęsłowego, dwuściennego” zostało złożone 5 listopada 2020 r., natomiast na zadania: „Budowa mostu w P. – roboty fundamentowe i umocnienie skarp”, „Budowa mostu w P. – barierki i organizacja ruchu” oraz „Budowa mostu w P. – montaż konstrukcji stalowej” – 26 listopada 2020 r. Wszystkie powyższe zamówienia zostały udzielone na podstawie zleceń w tym samym dniu tj. 30 listopada 2020 r.

Również przesłanka dotycząca możliwości nabycia przedmiotu zamówienia u tego samego wykonawcy, została w tym przypadku spełniona. Wykonanie całego zadania mającego za przedmiot „Budowę mostu w P.” mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy posiadającemu odpowiednie doświadczenie. Potwierdza to dodatkowo okoliczność, że Zamawiający udzielił trzech przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy. Co również istotne w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w swoich zapytaniach ofertowych nie sformułował żadnych warunków udziału w postępowaniu, stąd wniosek, że żadne z przedmiotowych zamówień nie wymagało, aby wykonawcy legitymowali się jakimś szczególnym doświadczeniem w tym zakresie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak było uzasadnienia dla dokonania podziału zamówień na części, jak to uczynił Zamawiający, gdyż jego skutkiem było uniknięcie stosowania przepisów Pzp2004 właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.



Czy stan zagrożenia epidemicznego może być przyczyną wydłużenia terminu realizacji zamówienia publicznego?

Uchwała z dnia 2 lutego 2022 r., KIO/KD 3/22

Jak ustalono, na podstawie dokumentacji z przeprowadzonej kontroli doraźnej, Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy V., z którym zawarł umowę. Z treści formularza oferty wynikało z kolei, że wykonawca zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia w terminie do 31 grudnia 2019 r. Taki też termin realizacji zamówienia Zamawiający wpisał do treści zawartej z wykonawcą umowy. Następnie umowa została zmieniona w drodze trzech kolejnych aneksów, ostatni z nich tj. Aneks nr 3, wydłużał termin realizacji przedmiotu Umowy do dnia 31 stycznia 2021 r.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004, ustawodawca wprowadził zakaz dokonywania zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. W punktach 1-6 tego przepisu wymieniono jednak przesłanki dopuszczalności zmiany, m. in. jeśli zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian (aktualnie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Konieczne zatem było ustalenie czy w niniejszej sprawie zaszyły okoliczności, wymienione w tym przepisie, które uprawniałyby Zamawiającego do ich dokonania w szczególności, że jak zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, podstawa prawna dla dokonanych zmian postanowień umowy w drodze Aneksu nr 1, Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3 nie została sprecyzowana w treści samych aneksów, jak również w wyjaśnieniach przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli. Z kolei Zamawiający, pytany o przyczyny dokonania powyższych zmian treści umowy, przywołał szereg okoliczności faktycznych, które miały leżeć u podstaw jego decyzji takich jak: konieczność pozyskania wymaganych zgód korporacyjnych Spółki, warunki pogodowe (występujące deszcze i mgły), brak możliwości wykonywania lotów helikopterem nad zamkniętymi strefami lotniczymi lub nad strefami kontrolowanymi i wiążące się z tym ograniczenia od niezależnych od Wykonawcy i inwestora urzędów, w końcu też awarię śmigłowca i ogłoszenie na terenie kraju stanu zagrożenia epidemicznego (COVID-19).

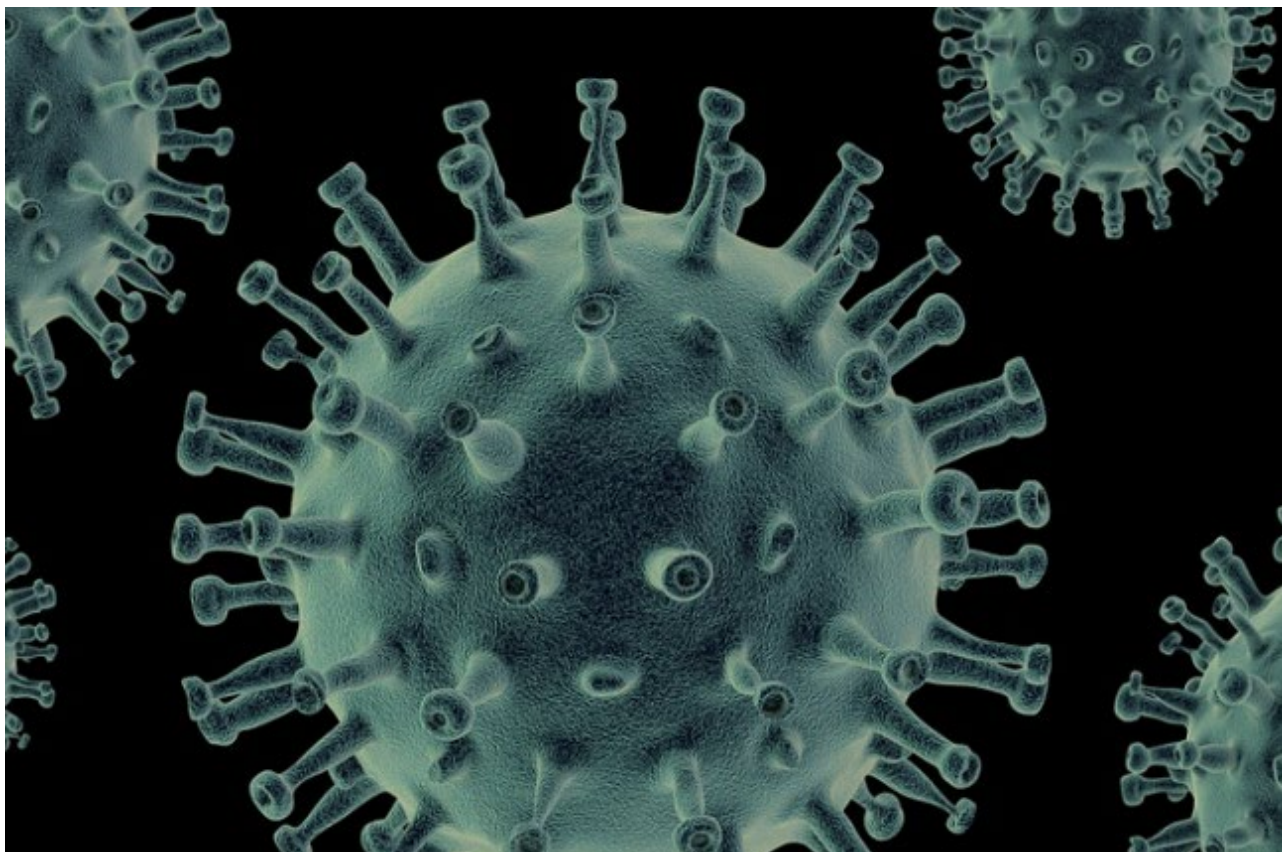
Kwestionując z kolei zarzuty sformułowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający wnosząc zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej doprecyzował, że zmiany postanowień zawartej umowy w zakresie, w jakim przedłużony został termin realizacji określony w Aneksie nr 1, należy tłumaczyć

przede wszystkim okolicznościami, których Zamawiający nie mógł przewidzieć. Z powodu wewnętrznych procedur obowiązujących w Spółce, a co za tym idzie koniecznością wystąpienia do Zarządu Spółki z wnioskiem o wyrażenie zgody na zaciągnięcie zobowiązania w wyższej niż pierwotnie zakładano kwocie (najkorzystniejsza oferta złożona w toku postępowania przewyższała kwotę pierwotnie przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia), Zamawiający był zmuszony oczekiwać na wyrażenie tej zgody 20 dni. Ponadto przedłużające się postępowanie o udzielenie zamówienia, uzasadniało zmianę terminu realizacji zadania, i to niezależnie od tego, który podmiot zostałby wybrany w wyniku przetargu. Zamawiający miał prawo przypuszczać, rozpoczynając postępowanie w dniu 10 kwietnia 2019 r., że umowa zostanie podpisana w trakcie trwania związania wykonawców złożoną ofertą tj. do 17 lipca 2019 r., zaś podpisana została 30 lipca 2019 r. To również uzasadniało, w jego ocenie, przedłużenie okresu realizacji przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że w świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych, umowy określające proces ich realizacji, z zastrzeżeniem określonych wyjątków, nie mogą podlegać modyfika-

com. Stanowią one bowiem efekt przeprowadzenia sformalizowanego postępowania, w którym dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert, jak też warunki wykonania zamówienia. Całkowita dobrowolność zmiany postanowień tak zawartych umów w okolicznościach, gdy wybór wykonawcy, zakres świadczenia, a także warunki realizacji umowy nie byłyby w żaden sposób wiążące dla stron stoi, w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych.

W szczególności, w kontekście prezentowanej przez Zamawiającego argumentacji dostrzec należy, że zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp2004, dopuszcza się dokonanie zmiany w umowie jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, oraz b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Tym samym możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, że konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można



było przewidzieć, pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 §1 i 2 k.c.), a w konsekwencji okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Nie mieszczą się w powyższej definicji zmiany wywołane okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego, takie jak konieczność uzyskania odpowiedniej zgody korporacyjnej na zaciągnięcie zobowiązania w wyższej niż pierwotnie zakładano kwocie.

Nie sposób też zaakceptować stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym przedłużające się postępowanie przetargowe w sytuacji, gdy ustalony został w warunkach przetargu termin realizacji umowy datą dzienną, uprawnia Zamawiającego do dokonania zmian w tym zakresie.

Obydwie okoliczności Zamawiający mógł i powinien był przewidzieć w momencie wszczynania postępowania. Jak trafnie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, sam Zamawiający podjął ryzyko określenia terminu realizacji konkretną datą, chociaż miał możliwość jego ustalenia w dniach czy tygodniach od zawarcia umowy, a określenie terminu w taki właśnie sposób już na wstępie obarczone jest pewnym ryzykiem. Zamawiający w takim przypadku zawsze musi przyjąć pewien margines czasowy, wynikający z okoliczności nieprzewidzianych, takich jak np. wydłużenie czasu na badanie ofert, podpisanie umowy czy też toczące się postępowanie odwoławcze.

Z pewnością nie można zakładać, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w terminie związania wykonawców złożoną ofertą. Ponadto, nie sposób nie zauważyć, że zawierając przedmiotową umowę wybrany wykonawca zgodził się na określony termin realizacji zadania, po czym wystąpił do Zamawiającego o przedłużenie określonego w umowie terminu.

Z kolei w zakresie, w jakim Zamawiający złożył wyjaśnienia dotyczące konieczności zawarcia aneksu nr 2

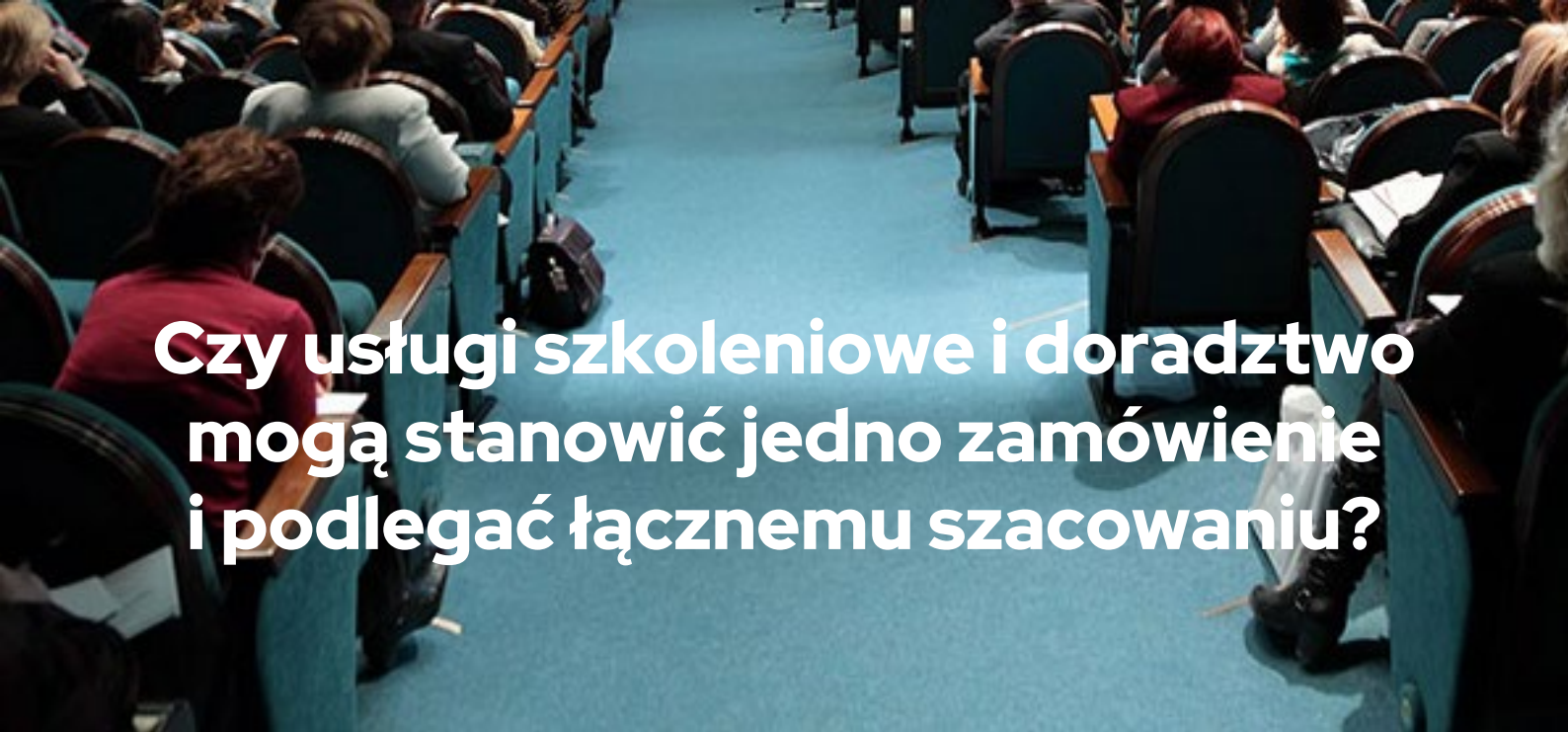
i 3 do umowy, Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podzieliła argumentację Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie, w jakim ten zwracał uwagę na fakt uregulowania przez ustawodawcę w treści ustawy COVID, zasad zmiany terminu wykonania umowy z uwagi na okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, a także wiążące się z tym obowiązki informacyjne po stronie zamawiającego i wykonawcy.

Jak ustalono w toku kontroli wykonawca V. zwracając się o wydłużenie terminu realizacji zamówienia, nie wskazał jakie to konkretne okoliczności, o których mowa w art. 15r ust. 1 ustawy COVID, zaistniały w niniejszej sprawie.

Sam fakt, że na terenie Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego, a w związku z tym Minister Zdrowia wydał stosowne zalecenia, nie może automatycznie powodować sytuacji, w której wydłużane są terminy realizacji zamówienia publicznego. Celem ustawodawcy było umożliwienie dokonania takich zmian, jednak w sytuacjach szczególnych, a więc kiedy stan epidemii i związane z tym ograniczenia wpływają na możliwość realizacji umowy w terminie pierwotnie określonym, przy czym należało każdorazowo ustalić jakie to okoliczności i jaki mają wpływ na realizację zamówienia.

Tym samym należało stwierdzić, że ustalenia kontroli, co do naruszenia przepisów art. 144 ust. 1 ustawy Pzp2004 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, skutkiem nieuprawnionej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku ze zmianą terminu realizacji zamówienia, albowiem nie zaszyły przesłanki określone tym przepisem, są prawidłowe.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie ulega wątpliwości, że ustalenie dłuższego terminu realizacji zamówienia na etapie prowadzenia postępowania, mogło mieć wpływ na krąg wykonawców, jak też wpłynąć na cenę przez nich oferowaną.



Czy usługi szkoleniowe i doradztwo mogą stanowić jedno zamówienie i podlegać łącznemu szacowaniu?

Uchwała z dnia 17 czerwca 2014 r., KIO/KD 51/14

Zgodnie z opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej” „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 posługiwać 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.”

Do kryterium zamówień zbliżonych przedmiotowo i tworzących funkcjonalną całość odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 17 czerwca 2014 r., KIO/KD 51/14.

W toku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że „Z dokumentacji postępowań przekazanej przez zamawiającego wynika, iż usługi szkoleniowe świadczone w ramach ww. projektu spełniają kryterium tożsamości przedmiotowej.

Przykładowo: przedmiotem zapytania ofertowego z dnia 25 maja 2012 r. była realizacja szkoleń z zakresu:

Moduł I – Budowa strategii innowacyjnych: obejmują tematykę: korzyści z bycia innowacyjnym, strategię innowacji na poziomie firmy, określanie i zarządzanie ryzykiem związanym z innowacjami, źródła innowacji;

Moduł II – Dywersyfikacja działalności firmy: dot. zarządzania i planowania, dywersyfikacji inwestycji, technologii, B+R i produkcji, produktów/usług, dostaw i odbiorców, dywersyfikacji rynków – internacjonalizacja działalności, dywersyfikacja marketingu;

Moduł III – Współpraca sieciowa, obejmuje tematykę: istota inicjatywy klastrowej, efektywna współpraca,

zarządzanie i marketing w strukturach sieciowych, budowanie wizerunku, współpraca międzynarodowa, współdzielenie wiedzy i współpraca ze sferą B+R, innowacje w klastrze;

Moduł IV – Efektywność energetyczna i ochrona środowiska, obejmuje tematykę: polityka energetyczna, aspekty ekologiczne w działalności gospodarczej, obowiązki związane z ochroną środowiska, prawne aspekty ochrony środowiska;

Moduł V – Strategia zarządzania firmą, obejmuje tematykę z zakresu rozwoju kompetencji potrzebnych do samodzielnego planowania i wdrażania strategii zarządzania firmą.

Z powyższego zakresu tematycznego wynika, iż tematyka szkoleń w ramach poszczególnych modułów

była komplementarna wobec siebie, wzajemnie się uzupełniająca, o dalekim stopniu podobieństwa, a zatem można mówić o tożsamości przedmiotowej poszczególnych szkoleń, co potwierdza fakt objęcia jednym postępowaniem wszystkich wskazanych modułów. Z przekazanej dokumentacji nie wynika, jakim kluczem kierował się zamawiający przy podziale zamówień – poszczególne postępowania obejmowały jeden, kilka lub wszystkie moduły objęte projektem.

Nie ulega jednak wątpliwości fakt, iż tożsame przedmiotowo moduły znajdują się w każdym z udzielanych przez zamawiającego zamówień.

Ponadto należy podkreślić, iż 4 zamówienia z wykazu obejmują „Usługę przeprowadzenia doradztwa w zakresie tworzenia strategii innowacyjnych oraz stworzenie opracowania pn. Strategia innowacyjna dla Firmy...”. Przedmiotem zamówienia wszystkich postępowań o ww. nazwie jest przeprowadzenie doradztwa w zakresie tworzenia strategii innowacyjnych oraz stworzenie opracowania pn. „Strategia Innowacyjna dla firmy ...” Doradztwo odbywać się będzie w siedzibie firmy lub w innym miejscu wskazanym przez zamawiającego.

W trakcie spotkań tworzone będą kolejne elementy strategii:

- 1) opracowanie analizy konkurencyjnej przedsiębiorstwa pod kątem oferowanych produktów lub usług,
- 2) opracowanie analizy potencjału przedsiębiorstwa w najważniejszych obszarach funkcjonowania,
- 3) opracowanie analizy w zakresie definiowania rynków docelowych działalności przedsiębiorstwa,
- 4) opracowanie analizy SWOT przedsiębiorstwa pod kątem produktów lub usług przedsiębiorcy,
- 5) opracowanie celów strategicznych w zakresie rozwoju firmy z uwzględnieniem produktów i usług innowacyjnych,
- 6) opracowanie w zakresie diagnozy i definiowania innowacji jako elementu osiągania przewagi konkurencyjnej na rynku,
- 7) opracowanie i wskazanie wraz z uzasadnieniem wyboru działań w ramach planowanej strategii przez przedsiębiorcę,

- 8) opracowanie analizy w zakresie wielkości kosztów niezbędnych do sfinansowania działań koniecznych do zrealizowania opracowanej strategii,
- 9) opracowanie analizy oceny opłacalności podjętych działań strategicznych,
- 10) opracowanie wstępnego harmonogramu wdrażania strategii.

Należy zauważyć, że również w tym przypadku zachodzi tożsamość przedmiotowa wskazanych zamówień. Tematyka wszystkich ww. szkoleń i usług doradczych dotyczy zarządzania przedsiębiorstwem w celu podniesienia jego konkurencyjności na rynku.

Analizując udzielone zamówienia pod kątem możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę, należy wskazać, że oferty na realizację poszczególnych zamówień były składane przez tych samych wykonawców.

Przykładowo, wykonawca F. złożył ofertę na realizację 2 zamówień pn. „Przeprowadzenie szkoleń oraz doradztwa po szkoleniach...” (w tym moduły: I, II, III, V) i 2 pn. „Usługa przeprowadzenia doradztwa w zakresie tworzenia strategii innowacyjnych...”.

Wykonawca S. składał oferty na 2 zamówienia pn. „Przeprowadzenie szkoleń oraz doradztwa po szkoleniach...”, oferując szkolenia w ramach wszystkich ww. modułów.

Kolejnym przykładem może być wykonawca W., który złożył ofertę na realizację 5 zamówień pn. „Przeprowadzenie szkoleń oraz doradztwa po szkoleniach...” – moduły II i V.

Ponadto z wykazu wynika, iż oferty także wielu innych wykonawców powtarzały się w odrębnych postępowaniach, co świadczy o tym, iż spełniona została przesłanka podmiotowa wskazująca na możliwość wykonania ww. zamówień przez jednego wykonawcę.

Wszystkie ww. zamówienia były również objęte jednym projektem, zatem zamawiający przewidywał ich udzielenie w ustalonej perspektywie czasowej. Tym samym spełniona została także przesłanka czasowa.

Z analizy okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika zatem, że odrębne oszacowanie zamówień na usługi szkoleniowe i doradcze było błędne. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości. Jako że są ze sobą tożsame i ich przeznaczenie jest takie samo,

mogą być wykonywane przez jednego wykonawcę. Wreszcie, w niniejszym stanie faktycznym, usługi były możliwe do przewidzenia w określonej perspektywie czasowej.

Odrębne wartości szacunkowe większości spośród ww. zamówień mieściły się w przedziale od 73 170,73 zł netto do 768 000 zł netto, a zatem przekraczały próg 14 000 euro, natomiast cztery – miały wartość niższą od 14 000 euro (w aktualnym stanie prawnym niższą niż 130 000 złotych).

Biorąc jednak pod uwagę ww. argumentację wskazującą na obowiązek łącznego ustalania wartości ww. usług szkoleniowych zgodnie z art. 32 ust. 4 Pzp2004, należy przyjąć, że do wszystkich ww. zamówień miały zastosowanie przepisy ustawy Pzp, gdyż ich łączna wartość przekraczała 14 000 euro.

Reasumując: Agencja (...) udzielając zamówień o wartości przekraczającej 14 000 euro, zobowiązana była do stosowania przepisów Pzp w celu udzielenia tych zamówień.

Zaniechanie stosowania przepisów ustawy Pzp spowodowało przede wszystkim naruszenie przez zamawiającego art. 40 ust. 3 i art. 11 ust. 7 Pzp2004 poprzez brak przekazania ogłoszeń o ww. zamówieniach Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zaniechanie to stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp2004, to jest naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienie udzielane jest wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp2004.

Źródło: www.uzp.gov.pl

„Wyniki przeprowadzonych w 2014 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Urząd Zamówień Publicznych 2015 r. IV.1.2. Udzielenie zamówień przez podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i szacowanie zamówień na usługi szkoleniowe”, s. 17.



O zmianach w ustawie, przyczynach rosnącej liczby odwołań, atrakcyjności i profesjonalizacji zamówień publicznych



Rozmowa z Małgorzatą Węgiel,
specjalistą ds. zamówień publicznych
w Gminie Bełżyce

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Jakie zmiany w ustawie są konieczne?

MAŁGORZATA WĘGIEL: Moim zdaniem powinno się przywrócić „procedurę odwróconą” w postępowaniach krajowych. W celu jak najmniejszego biurokratyzmu zrobiłabym coś na kształt art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, czyli taką „procedurę ultraodwróconą w krajówkach”. Chodzi o to, żeby składać w zasadzie sam druk ofertowy (analogicznie do postępowań unijnych na podstawie tego przepisu i to zwiększyło by ilość ofert). A pozostałe dokumenty (w tym oświadczenia wstępne) wymagać od najwyżej ocenionego. To by realnie przyspieszyło proces. Badanie i ewentualne złożenie /poprawienie/ uzupełnienie dokumentów od wszystkich (zwłaszcza z dalszych pozycji w rankingu) jest nadmierne, pracochłonne i po prostu wykonawcy nie odpowiadają na takie pisma. To jest mój główny postulat. Wynika on z liczb. Proszę odpowiedzieć sobie sami na pytanie, ile jest przetargów krajowych a ile unijnych? Czyli w unijnej procedurze (niby trudniejszej i bardziej sformalizowanej) można, a w krajowej (która ma być zwłaszcza dla MŚP) już nie można tego zastosować. Ustawa nie reguluje pewnych kwestii – jak złożyć z ofertą, a powinien na wezwanie to uznajemy, czy nie uznajemy? Czy może na wszelki wypadek zapytajmy o aktualność? ... co na to powie Urząd Marszałkowski?

Analiza potrzeb, raport z realizacji zamówienia, ogłoszenie o wykonaniu umowy – to czyste formalizmy. Mówi się o tym, że zamawiający sam wie jakie ma uzasadnione potrzeby. Rozumiem jeszcze stworzenie analizy potrzeb dla inwestycji. Jednakże przy dosta-

wach / usługach ciągłych (paliwo, gaz, prąd, gdzie wymagana jest koncesja to w jaki inny sposób można je nabyć niż od wyspecjalizowanych podmiotów?). Rozumiem także podejście typowo analityczne – analiza macierzy, diagramy, symulacje konkurencyjności, technologia BIMowa – ale to wykracza poza ramy i możliwości przeciętnego zamawiacza i analizy potrzeb, która liczy 3 strony tekstu i powtarzania, że zamawiający nie ma zasobów, możliwości i alternatywnych sposobów zaspokojenia swojej potrzeby. Tak realnie to wygląda.

Denerwuje mnie także luka prawna, że nie da się zmienić ogłoszenia unijnego na 48 godzin przed otwarciem.

Dodatkowo, przywróciłabym zawieszenie terminu związania ofertą w przypadku odwołania (zanim dojdzie do rozprawy itp., termin biegnie a wadium trzeba oddać po terminie związania).

Niezrozumiały jest dla mnie także sposób w jaki ustawodawca stanowi prawo. Zamiast sprawić by wszystko było w jednej ustawie o zamówieniach (po prostu ją zmienić lub dodać nowy artykuł) ustanawiane są inne równorzędne akty prawne, które bezpośrednio wpływają na Pzp np. ustawa o elektromobilności, specustawa ukraińska, ustawa antyrosyjska). Dochodzi do sytuacji, że w teorii prawo jest prawem, ale w praktyce doświadczony zamówieniowiec ma rozterki jak interpretować dany przepis i co robić w okresie przejściowym – czy zmieniać SWZ i ogłoszenie czy nie zmieniać i na jakiej podstawie?). Brakuje mi jasnych przepisów jak to egzekwować.

Dodatkowo ustawa nie nadąża za orzecznictwem. Jeśli w ustawie nie ma czegoś napisanego wprost (klasyk to zasada 3 tożsamości, która wynika z orzecznictwa i doktryny) to osoba, która się uczy, po przeczytaniu ustawy tego nie wyłapie, bo w ustawie tego nie ma.

Dla mnie negatywną sprawą jest art. 266 ustawy Pzp, czyli musisz się cofać i sprawdzać które artykuły stosujesz w krajówce. Ja sobie porobiłam notatki, że stosujemy „tylko unijne”. Gdy Pan Józef do mnie dzwoni to nieraz, aż mam słowotok, muszę się wygadać jaka to ustawa jest niezyciowa. Śmiechem żartem, ale stosować ją trzeba.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Czy próg 130 000 złotych dla zamówień klasycznych udzielanych przez zamawiających publicznych powinien być podwyższony?

MAŁGORZATA WĘGIEL: Odpowiem przekornie tak jak nie lubię słyszeć „to zależy”. Punkt widzenia zależy od punktu siedzenia. Dla małych i średnich zamawiających, co do zasady jest to kwota optymalna w ujęciu rocznym. Patrząc na dane historyczne i swoje doświadczenie jesteśmy w stanie przewidzieć, że dany zakup zmieści się w trybie zapytania ofertowego. Jest to korzystne rozwiązanie, czyli procedowanie wg wewnętrznych reguł. Nie mniej u dużych zamawiających (gdzie różne komórki kupują jednocześnie podobne dostawy lub tożsame usługi) kwota ta szybko ulega wyczerpaniu. Fajnie by było, gdyby kwota była wyższa. Taka mała dygresja w zamówieniach z dofinansowaniem szacujemy w ramach projektu. Więc wystarczy jeden projekt unijny oraz zwykłe bieżące zakupy i okazuje się, że trzeba robić przetarg.

Wszyscy pamiętamy magiczny próg 14 tysięcy euro. Z jaką ulgą przyjęliśmy wiadomość o jego podwyższeniu do 30 tysięcy euro. Pozwoliło to na większą elastyczność zakupową. Te zamówienia do których nie stosujemy reżimu ustawowego wcale nie muszą być gorsze czy mniej efektywne. Upatruję właśnie w takich „małych zamówieniach” czy „mini przetargach” szansę do rozwój lokalnego rynku, pobudzeniu miejscowej przedsiębiorczości oraz budowania pozytywnego wizerunku inwestora publicznego. W moim odczuciu już raz zdaliśmy egzamin z podwyższonego progu ustawowego. Teoretycznie, gdyby próg ustawowy wynosił 140 tys. zł netto, czy nawet 200 tys. zł

netto to dla całego rynku zamówień publicznych nie była by to aż tak wielka zmiana w rozumieniu liczb. Podeprę się statystykami. Zamawiający publiczni i zamówienia klasyczne stanowią tylko mały wycinek całego systemu zamówień. W Biuletynie Zamówień Publicznych pełno jest takich ogłoszeń przekraczających trochę ponad 130 tys. zł. netto.

Zadajmy sobie pytanie a kto generuje te wszystkie liczby? Otóż sektorowcy. Jest ich „mało” ale tam są duże pieniądze i to od progów unijnych. Dla mnie jako dla „średniego zamawiacza” podwyższenie kwoty ustawowej byłoby korzystne. Profesjonalny zamawiacz by celowo i oszczędnie wydawać pieniądze publiczne nie musi mieć nad sobą bata w postaci obszernej i trudnej ustawy. Powiem więcej – stoję na stanowisku by dać więcej swobody. Jestem przedstawicielem zamawiającego samorządowego, zatem należy wspomnieć o zasadzie pomocniczości w całym rozumieniu tego słowa.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Co jest przyczyną rosnącej liczby orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej?

MAŁGORZATA WĘGIEL: W nowej Pzp niezależnie od progów można się odwoływać na wszystko. W starej Pzp reguła ta dotyczyła tylko przetargów unijnych, gdyż zakres odwołania był w krajówkach okrojony. Naturalnym jest zatem, że zwiększenie możliwości, na które można wnieść odwołanie przekłada się na ich ilość.

Zauważyłam też lobby kancelarii \doradców\ ekspertów\ pełnomocników, którzy zarabiają na tego typu usługach. Firmy wykonawcze zarabiają na przetargach. Tam, gdzie w grę wchodzi pieniądze tam jest konkurencja i być może nieczyste zagrywki. Ileż to razy widziałam, że firma wnosi odwołanie, żeby postraszyć zamawiającego i konkurencję, ale nie uiszcza wpisu. Widziałam też przypadki, że firmy nie zadają pytań by polubownie zmienić SWZ, lecz od razu odwołują się na specyfikację. Nie wydaje mi się, że to zamawiający robią błędy (kto jest choć trochę świadom pracy zamówieniowca to wie) a biedny wykonawca dąży do sprawiedliwości.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: W 2020 r. liczba ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych o wartości poniżej progów unijnych wyniosła średnio 2,78. W 2020 r., aż w 38,32% po-

stępować o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęła tylko jedna oferta. Odsetek ten utrzymuje się w ostatnich latach na zbliżonym poziomie (w 2019 r. – 43%; w 2018 r. – 46%; w 2017 r. – 43%). Dlaczego zamówienia publiczne dziś nie są czymś specjalnie atrakcyjnym dla przedsiębiorców?

MAŁGORZATA WĘGIEL: Nie zgodzę się ze stwierdzeniem, że zamówienia publiczne nie są atrakcyjne. Jak nie wiadomo o co chodzi to chodzi o pieniądze. Co jest największą barierą w uzyskaniu zamówienia? Wadium, warunki i zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Dziś np. miałam otwarcie na budowlankę i było 6 ofert. Podejrzewam, że gdybym żądała wadium tylu ofert bym nie miała. Można też zawsze skorzystać z możliwości zaproszenia znanych sobie wykonawców do złożenia oferty (platforma zakupowa ma taką opcję to wygodna i przydatna funkcja oraz legalnie można ją wykorzystywać – wtedy zaproszony na maila dostanie linka do postępowania. Zawalczmy też o oferty).

W branży po cichu mówi się o tym, że ze względu na dynamikę cen i niepewność rynku duże firmy albo wypowiadają kontrakty albo nie startują w przetargach. Prawdą jest, że na rynku prywatnym umowy charakteryzują się większą elastycznością. Umowy zawarte w trybie ustawy Pzp są „sztywne”. Nie mniej jednak wszyscy zgodzimy się z tym, że zamawiający jako instytucja publiczna to pewny i stabilny odbiorca i płatnik. Niezapłacone faktury w terminie grozi przecież dyscypliną finansów. Pracowałam jako wykonawca i wiem, że właśnie dzięki realizacji kontraktów publicznych można było zapewnić ciągłość działania firmy (nawet często po mniejszej marży, ale zawsze). W moim przekonaniu zamówienia mogą być napędem (miejscowej, bo firmy płacą tu podatki i dają pracę) przedsiębiorczości. Inaczej nie stanowiłyby około 10 % PKB. Wszyscy też wiemy, że firmy zainteresowane są sprzedażą bezpośrednią, gdzie klient przychodzi i kupuje. Składanie ofert kosztuje, a złożenie oferty nie gwarantuje sprzedaży. Zamówienia potrafią odpowiadać realiom rynkowym i mogą nadążać za trendami.

Od dawna postuluję by zamówieniowcy uczyli się podstaw zarządzania (w tym zarządzania zmianą i ryzykiem) co przedkłada się na wyobraźnię zakupową i oferty. Atrakcyjność zamówień polega też na zdobywaniu doświadczenia. Ileż to razy miałam sytu-

ację, że zależało nam wygrać przetarg by zdobyć referencje np. z ważnych urzędów państwowych, by móc się nimi posługiwać również w obrocie gospodarczym dla prestiżu. Nadto atrakcyjność polega na tym, że w ogóle są. To taka bolesna prawda. Wszyscy zauważyliśmy wzrost zainteresowania zamówieniami publicznymi podczas lockdownu i zamknięcia gospodarki. Można wiele zarzucać, ale inwestycje publiczne lepiej czy gorzej, ale funkcjonowały.

JÓZEF EDMUND NOWICKI: **Które założenia Polityki zakupowej państwa usprawnią proces udzielania zamówień publicznych, a które raczej będą trudne do zrealizowania, a może wręcz niewykonalne?**

MAŁGORZATA WĘGIEL: Polityka zakupowa państwa od początku budziła emocje. Jedni uważają ją za niepotrzebny dokument i z przymrużeniem oka patrzą na nowe obowiązki administracji rządowej. Niby mówimy o administracji rządowej, ale kto nie korzysta ze środków rządowych? Ten, kto korzysta niech przeczyta. Dokument powinni znać wszyscy zamawiający. Moje mieszane uczucia budzi certyfikacja wykonawców. Zakładam, że jest to wygodne i z pewnością sama chętnie będę korzystała z takiego dobrodziejstwa. Przemysłana standaryzacja – jestem na tak. Wiem, że to trudny proces i są prowadzone konsultacje. Doceniam, bo to nowy temat. Mam niestety taką niczym nieuzasadnione przeczucie (pomimo najlepszych chęci wszystkich zaangażowanych), że w praktyce owy certyfikat nie będzie się cieszył powszechnym zainteresowaniem i popularnością. Nie mniej moje obawy wzbudza art. 109 ust. 3 ustawy Pzp i odstąpienie od wykluczenia za nieproporcjonalne przewinienie. Wtedy może posłużyć się certyfikatem czy nie może? Nie twierdzę, że sama idea jest zła. Wtedy wykonawca przedstawia certyfikat zamiast oddzielnie dokumentów z każdego urzędu. Cały czas mówi się o profesjonalizacji zamówień publicznych, efektywności, ekologii. itp. Kierunek słuszny i z pewnością wszyscy się z tym zgadzamy.

Te wszystkie doniosłe założenia, aby doszły do skutku nie wystarczą, że będą przyjęte i ogłoszone bez względu na to jaka to by nie była ranga tego dokumentu. Znów sięgam do wiedzy z nauki zarządzania i HR. Podstawą organizacji są ludzie tzn. i zamówieniowcy i merytoryczni i mądry szef. Bardzo ubolewam nad stylem zarządzania w urzędach (model sita – widzę to) zamiast pożądanego modelu kapitału ludz-

kiego i zarządzania poprzez cele. Pracownik nie stanie się specjalistą od zamówień publicznych po przeczytaniu owej polityki zakupowej (jeżeli w ogóle ją przeczyta ze zrozumieniem), po obejrzeniu darmowego webinaru czy po jednym płatnym szkoleniu na rok (o ile w ogóle wyżebrze je u pracodawcy, to bardzo naiwne podejście). Wiedzy i doświadczenia nie zdobędzie się bez wyobraźni ekonomicznej oraz bez sprawnego działania w sytuacji kryzysowej.

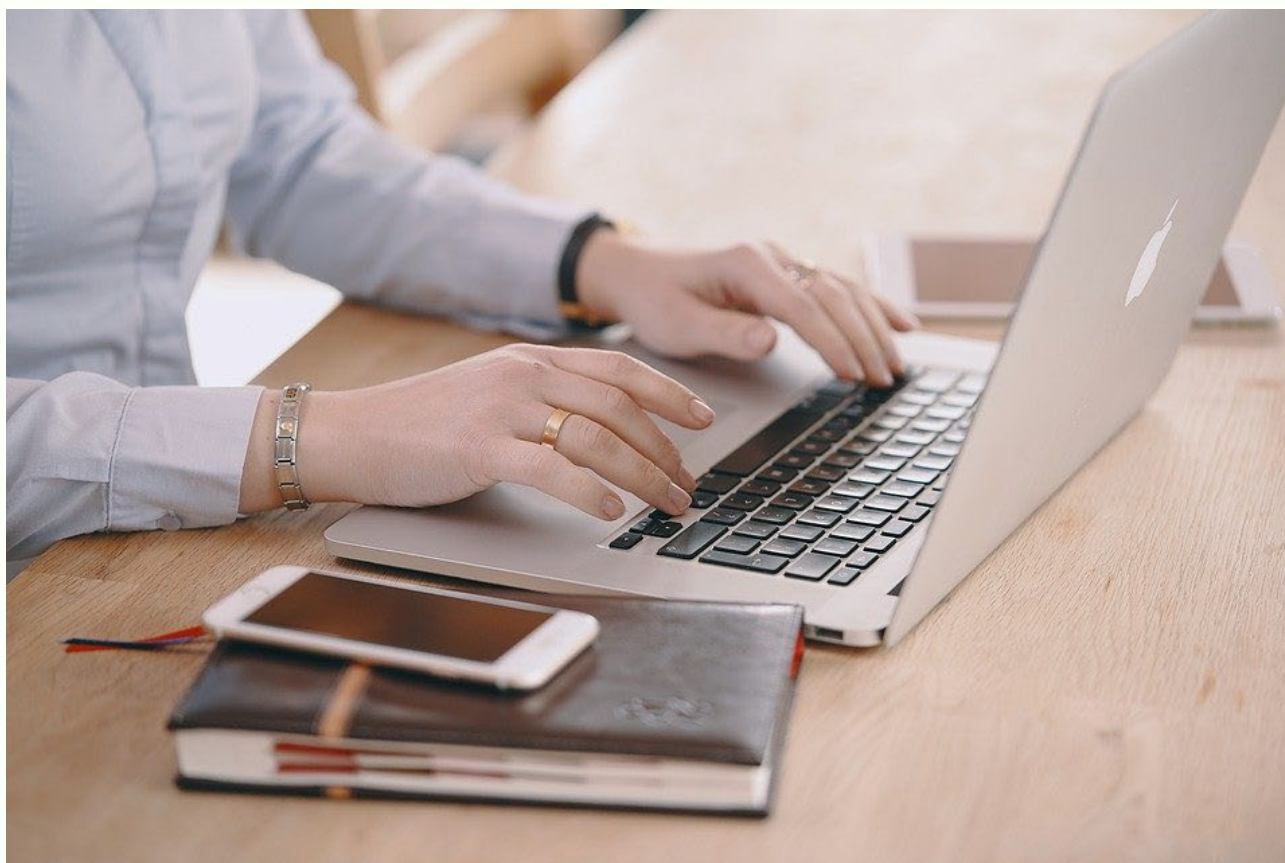
Moim zdaniem ideą jest stworzyć organizację samouczącą się. Nie mniej (to moja subiektywna ocena) zamiast wysiłków i pieniędzy które zostały i zostaną wydane na politykę zakupową państwa bardziej oszczędnym, efektywnym i racjonalnym sposobem byłoby skierowanie osób odpowiedzialnych za zakupy na interdyscyplinarne studia z zakresu ekonomii, ekonomiki, zarządzania, PR, HR w realiach rynkowych (polecam studia MBA. Bo to wiedza jest narzędziem! Profesjonalizacja kadr = know how).

Nie twierdę, że każdy musi być menedżerem. Twierdę natomiast, że dobry pracownik zamawiającego rozumie, reaguje i umie ocenić zachodzące zjawiska mikro i makroekonomiczne – bo one mają przełożenie na składane oferty, bo to jest właśnie zarządzanie

procesowe w zamówieniach. Żaden zdefiniowany i pięknie oprawiony akt normatywny nie gwarantuje samorozwoju.

Narzędziem do realizacji celów jest wiedza i praktyka oraz zdefiniowanie celów krótkookresowych by budować strategię. Nie dokument sam w sobie, lecz mądry pracownicy, na których można polegać – to jest klucz do sukcesu zamawiającego. Wiem, że się powtarzam, ale aktem staranności (w interesie własnym i publicznym) są ludzie! Żeby do wszystkich dotarło kultura zakupowa to ludzie i to ci pracownicy na najniższych stanowiskach a nie obszerny dokument!

JÓZEF EDMUND NOWICKI: Dziękuję bardzo za rozmowę



Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

„Stosownie do treści art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do tej umowy w oparciu o klauzule przeglądowe. W świetle tego przepisu, treść umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jasne, precyzyjne i jednoznaczne postanowienia umowne, przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, które:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki ich wprowadzenia,
- c) przy czym postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny nie mogą przewidywać takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Warunkiem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest określenie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te, zasadniczo już na etapie, na którym potencjalni wykonawcy decydują o udziale w postępowaniu, ale także w toku realizacji zamówienia, ograniczają lub eliminują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane.

Uwzględniając powyższe, każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygo-

tować ofertę na określonym poziomie cenowym. Zakres takich zmian może być szeroki, ustawodawca stworzył uczestnikom rynku zamówień publicznych szansę na ukształtowanie umowy z zachowaniem takiego poziomu elastyczności, jaki jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zaplanowanej inwestycji. Podstawowe ramy wyznacza jednak treść przepisu – spełnienie określonych w nim wymagań jest warunkiem koniecznym do sformułowania skutecznych klauzul przeglądowych.

Dyspozycja art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala zatem zamawiającemu już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zabezpieczyć prawidłowy tok realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul przeglądowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych.

Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez zamawiającego określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej), będącego efektem realizacji zawartej umowy, zamawiający powinni formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób, by uwzględniać otoczenie społeczno – gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku dostaw, usług lub robót budowlanych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia, bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia.

Dlatego też, w zakresie, w jakim zamawiający jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez te instytucje działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków – celowe jest, by takie postanowienia stanowiły element dokumentów zamówienia lub zmiana ta została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że tylko takie działanie na gruncie obecnie obowiązujących przepisów daje zasadniczo możliwość dokonywania zmian o charakterze istotnym bez konieczności spełniania dodatkowych warunków.

Klauzule przeglądowe pozwalające na efektywne dostosowywanie sposobu i warunków realizacji umów do zmieniających się warunków zewnętrznych znajdują swoje uzasadnienie również w zasadach celowości, racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych. Ograniczają one bowiem ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, że ustawodawca w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako szczególny element umowy w sprawie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom w oparciu o klauzule przeglądowe, wskazał wprost na możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, że zamawiający, znając uwarunkowania (w tym okres) realizacji zamówienia oraz czynniki, jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także: mechanizmy funkcjonowania rynku (w szczególności w ramach kontraktów długoterminowych), czynniki, jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, czy mechanizmy funkcjonowania rynku, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności.

Przykładowo, klauzule przeglądowe w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w zakresie, w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej stron zawartej umowy.

Należy również podkreślić, że przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych,

nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny. W obecnym stanie prawnym, stosownie do treści art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, każdy zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do przygotowania odpowiednich zapisów umownych, o ile umowa zawierana jest na okres dłuższy niż 12 miesięcy, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu, określonych treścią przywołanego przepisu, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego.

Z kolei art. 439 ustawy Pzp zawiera regulacje dotyczące treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wskazując na obligatoryjność zawarcia w takich umowach postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.”

Źródło: www.uzp.gov.pl



Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

W myśl art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność modyfikacji zobowiązania wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, jeżeli zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy.

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/25/UE. Cel wprowadzenia powołanej normy prawnej objaśniony został w motywie 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Zwrócono w nim uwagę, że instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności, gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie.

Możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymaga zatem ustalenia, że konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami, których nie można było przewidzieć, pomimo dochowania przez zamawiającego należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołując się do znaczenia pojęcia „należytej staranności”, nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wskazać należy, że wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 k.c.). W konsekwencji, przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nieprzewidywanego przez strony, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożność przewidzenia określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić

do wniosku, że zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego, mieszczące się w zakresie omawianej przesłanki, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych

ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych, jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, że na gruncie przesłanek wymienionych w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny być niezależne od stron umowy.

Co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Należy jednak podkreślić, iż wskazane wyżej przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia. Muszą one wynikać z okoliczności niemających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniach cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp.

Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność, to winny być one uwzględniane w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, których zastosowanie umożliwia przywrócenie zachwianej tymi zdarzeniami równowagi w umowie łączącej strony. W kontekście powyższych wskazówek interpretacyjnych uznać należy, że konflikt zbrojny w Ukrainie, jego zasięg oraz transgraniczne, gospodarcze skutki, zakwalifikować można jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności.

Interpretacja przepisu art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych zjawisk gospodarczych, wprowadzenie zmian do

umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe.

W kontekście powyższych wyjaśnień należy również podkreślić, że brzmienie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także art. 72 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, iż przesłanki warunkujące dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy Pzp, mają charakter autonomiczny. W konsekwencji wprowadzenie zmian w oparciu o przesłankę nieprzewidywalności możliwe jest niezależnie od spełnienia warunku, o którym mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Innymi słowy, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą skorzystać z uprawnienia przewidzianego dyspozycją art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również w przypadku, w którym nie przewidziały w umowach odpowiednich postanowień w postaci klauzul waloryzacyjnych bądź adaptacyjnych. Uprawnienie do zmiany treści umowy mogłoby przysługiwać w okolicznościach, w których zamawiający nie zawarł stosowanych postanowień pozwalających na dokonanie tej czynności, albowiem nie było ku temu uzasadnionych postaw (np. w przypadku, gdy określone zjawiska wpływające na realizację kontraktu nigdy wcześniej nie występowały lub w okolicznościach gdy nie podlegały one wyjątkowym zmianom).

Skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział klauzulę waloryzacyjną lub określone klauzule pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany. Przy czym, również w tym przypadku, niezbędne będzie dokonanie analizy i ustalenie, że konieczność wprowadzenia ww. zmian spowodowane jest okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć i które w sposób naturalny wykraczają poza unormowanie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Nie jest możliwe dokonanie zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim zamawiający powinien działać z należytą starannością, a tego nie uczynił.

Należy również zauważyć, że zaistnienie okoliczności, których zamawiający, działający z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy. Niezbędnym warunkiem zmiany umowy jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków, jakie wywiera na proces wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy. Odnosząc się do aktualnej sytuacji rynkowej, wskazać należy, że powyższa zasada dotyczy również zaistnienia zjawiska tak nadzwyczajnego i niespodziewanego, jak konflikt zbrojny w Ukrainie. Również w tym przypadku wymagane jest dokonanie przez zamawiającego oceny, czy czynnik ten ma rzeczywisty wpływ na proces realizacji zawartej przez niego konkretnej umowy i czy powoduje konieczność jej zmiany. W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, przeanalizować również należy, jaki będzie konieczny zakres modyfikacji umowy, w związku z zaistniałym ww. czynnikiem.

Dodatkowo, do stwierdzenia dopuszczalności zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest, aby zmiana nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy. W ślad za motywem 109 dyrektywy 2014/24/UE, za zmianę charakteru umowy można uznać zmianę, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego.

Modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „charakter umowy” obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. W ramach oceny umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji

można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Przykładem zmiany charakteru umowy może być:

- 1) zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane i odwrotnie,
- 2) zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony,
- 3) zmiana zamówienia publicznego na koncesję.

Ponadto konieczne jest spełnienie przesłanki wartościowej zmiany, oznaczającej, że wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zmiana w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, wprowadzona na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na zasadę proporcjonalności, powinna mieć charakter obiektywny i może być wprowadzona zasadniczo w celu przywrócenia równowagi ekonomicznej stron umowy, jaka istniała w momencie jej zawarcia, a która została zakłócona przez określone zjawiska, które zaistniały na etapie realizacji kontraktu.

Celem zastosowania wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp nie jest kompensacja wszelkich strat wykonawcy, ale uwzględnienie w ramach obowiązującego stosunku zobowiązaniowego okoliczności zewnętrznych, jeśli mają one wpływ na jego wykonywanie, z uwzględnieniem oceny ryzyk, dokonanej przez wykonawcę w momencie składania oferty w postępowaniu.

Źródło: www.uzp.gov.pl

Dopuszczalność zmiany umowy dokonywana na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

„Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, w której kumulatywnie spełnione są trzy przesłanki:

- 1) łączna wartość zmian jest mniejsza niż progi unijne,
- 2) jednocześnie jest mniejsza od 10% wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15% wartości pierwotnej umowy,
- 3) zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Oceniając możliwość zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, należy mieć na względzie w szczególności treść motywu 107 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Analiza tych przepisów pozwala na stwierdzenie, że modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonana w oparciu o ww. podstawę prawną jest dopuszczalna, jeśli pociąga za sobą nieznaczną zmianę wartości tej umowy. Ponadto przepis ten pozwala na wielokrotne dokonywanie zmian umowy z zastrzeżeniem, że ich łączna wartość nie może przekroczyć określonego w nim poziomu. Powyższe wskazuje, że w ramach wskazanych w przepisie wartości granicznych zmian umowy (tj. 10% i 15% wartości wynagrodzenia), należy uwzględniać zarówno zmiany umowy zwiększające, jak i zmniejszające zakres świadczenia. Zarówno ustawa Pzp, jak i dyrektywa 2014/24/UE odwołują się bowiem ogólnie do zmian wartości wynagrodzenia, a nie tylko takich, które

towarzyszą zmianom polegającym na jego zwiększeniu (zmiana zmniejszająca wartość zamówienia także ma wymierną wartość). Konieczne jest zatem łączne uwzględnianie skumulowanej wartości poszczególnych zmian. Wyjaśniając, jaka wartość umowy stanowi punkt odniesienia do zmian o wartości określonej procentowo w stosunku do wartości umowy, należy wskazać, że chodzi o zwaloryzowaną wartość pierwotnie zawartej umowy, jednak bez uwzględnienia ewentualnych późniejszych modyfikacji innych niż indeksacja (waloryzacja). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 72 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, do celów obliczenia ceny wskazanej w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, aktualizowana cena jest wartością referencyjną, w przypadku, gdy umowa zawiera klauzulę indeksacji. Przepis ten został przeniesiony na grunt prawa polskiego w art. 455 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto podkreślić należy, że łączna wartość zmian musi być mniejsza niż progi unijne.

Podsumowując powyższe, wskazać należy, iż zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Niewłaściwym byłoby zastosowanie ww. przepisu w okolicznościach, gdy zmiana umowy polegałaby tylko na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy, które miałoby na celu wyłącznie zmianę ceny realizacji świadczenia.

Ostatnią przesłanką wymienioną w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest zakaz zmiany ogólnego charakteru umowy. W zakresie wyjaśnienia powyższego, odesłać należy do pkt II niniejszej opinii.

Źródło: www.uzp.gov.pl

Możliwość zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

„Zmiana umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw jest możliwa, ale należy rozpatrywać ją w dwóch aspektach:

- albo w oparciu o przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia i określone przez zamawiającego warunki zmian,
- albo, gdy dokonywana zmiana ma charakter nieistotny.

Istotność zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw należy oceniać z uwzględnieniem wskazówek interpretacyjnych zawartych w orzecnictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w szczególności w sprawie C – 454/06 Pressetext Nachrichtenagentur.

Tym samym, jeśli w danym stanie faktycznym będziemy mieli do czynienia ze zmianą umowy wywołaną czynnikami zewnętrznymi, nieprzewidywalnymi na etapie postępowania i niezależnymi od którejkolwiek ze stron stosunku zobowiązaniowego, niepowodującą naruszenia równowagi ekonomicznej między wybranym wykonawcą a zamawiającym, które prowadziłoby do zachwiania pozycji konkurencyjnej takiego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, zmianę taką można

będzie uznać za nieistotną (nawet, jeśli prowadzi do zmiany wynagrodzenia) i w konsekwencji za dopuszczalną.

Ocena dopuszczalności zmiany służącej przywróceniu równowagi ekonomicznej stron pod kątem jej istotności, może zostać dokonana wyłącznie w oparciu o ustalony indywidualnie stan faktyczny sprawy, co powoduje, iż kwestie te powinny być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie.

Więcej wskazówek dotyczących dopuszczalności w zmiany umowy zawartej przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw znajduje się w punkcie VI. j opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp”, dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Uwagi w niej poczynione zachowują aktualność w obecnym stanie faktycznym i prawnym.

Źródło: www.uzp.gov.pl

Czy wysokość kary umownej może naruszać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców?

ZAMAWIAJĄCY JEST UPRAWNIONY DO JEDNOSTRONNEGO USTALENIA WARUNKÓW UMOWY, KTÓRE ZABEZPIECZĄ JEGO INTERES W WYKONANIU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ZGODNIE Z JEGO UZASADNIONYMI POTRZEBAMI. UPRAWNIENIE TO NIE MA JEDNAK CHARAKTERU ABSOLUTNEGO, GDYŻ ZAMAWIAJĄCY NIE MOŻE SWEGO PRAWA PODMIOTOWEGO NADUŻYWAĆ.



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się z zamówieniami publicznymi

Uprawnienie zamawiającego do ustalania warunków umowy

Popularność kary umownej wynika z możliwości dochodzenia zapłaty kwoty pieniężnej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. Kara umowna to swego rodzaju odszkodowanie służące naprawieniu szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.) strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W wyroku z dnia 10 maja 2016 r., KIO 654/16, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego zwróciła uwagę, że „Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakości ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.” Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający jest uprawniony do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie to nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać („Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c.,

zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”).

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że przepisy ustawy Pzp2004 modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów Pzp2004 zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę, prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy. „Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać też należy, że Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wyko-

nawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem.”

W wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego również stwierdziła, że „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy”.

W wyroku z dnia 11 listopada 2008 r., KIO/UZP 779/08, skład orzekający uznał natomiast, że „kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, szczególnie istotny właśnie w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta. Skład orzekający zwrócił również uwagę, że stwierdzenie, iż zamawiający może arbitralnie nałożyć kary umowne nie znajduje potwierdzenia w praktyce, ponieważ wykonawcy mogą dochodzić ochrony swoich praw i mogą nie zgodzić się z nałożeniem kary umownej lub wnieść o jej miarkowanie przez sąd. Zachwianie równości stron stosunku cywilnoprawnego poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje natomiast samoistnie naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jeżeli nie dochodzi do zróżnicowania sytuacji danego wykonawcy na skutek naruszenia tych zasad. W ocenie składu orzekającego o naruszeniu zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek określonego postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośredni lub pośredni wpływ na tych postanowień na możliwość ubiegania się wykonawcy o udzielenie zamówienia na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej (zob. wyrok z dnia 1 marca 2014 r., KIO 360/12).



Sposób ukształtowania kary umownej może naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

W wyroku z dnia 1 października 2021 r., KIO 2149/21 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że sposób ukształtowania kary umownej, kwestionowanej przez odwołującego w odwołaniu, naruszał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia. Sporna kara umowna naruszała bowiem zasadę proporcjonalności poprzez zastosowanie środków nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma kara umowna.

Ponadto stwierdzono, że kara umowna naruszała także zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Kwestionowana przez odwołującego kara umowna dotyczyła zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1, a więc w istocie zwłoki w wykonaniu prac projektowych. Kara ta została ukształtowana przez zamawiającego na poziomie 0,02% wartości całego kontraktu. Kara na analogicznym poziomie procentowym została także zastrzeżona przez zamawiającego na wypadek zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 2 oraz nr 3, a więc zwłoki w wykonaniu robót budowlanych.

Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że wartość prac projektowych, zgodnie z postanowieniami wzoru wykazu płatności, mogła wynosić jedynie do 5% całej wartości kontraktu. Pomimo to, kara umowna za zwłokę w wykonaniu każdego z kamieni milowych wynosiła dokładnie tyle samo, a więc około 100 000 zł. Przy przyjęciu, że wartość całego kontraktu wyniesie około 500 000 000 zł, wartość prac projektowych – około 25 000 000 zł, zaś wartość robót budowlanych – 445 000 000 zł (po odliczeniu od kwoty 500 000 000 zł – prac projektowych w wysokości 5%, oraz kosztów ogólnych w wysokości 6%), szacowana kara umowna (100 000 zł) stanowiłaby w istocie 0,4% wartości prac projektowych i jedynie około ok. 0,022% wartości robót budowlanych.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, takie ukształtowanie postanowień SWZ powodowało w konsekwencji, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu prac projektowych (Kamienia Milowego nr 1), liczona od cało-

ści wynagrodzenia wykonawcy, pozostawała nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do kar za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych. Ryzyko zapłacenia kar umownych niewspółmiernie wyżej obciążało zatem część zamówienia obejmującą prace projektowe w stosunku do części zamówienia odnoszącej się do robót budowlanych. Kara umowna zastrzeżona na wypadek zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 okazała się zatem nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do kar za niewykonanie robót budowlanych.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej projektowana kara umowna naruszała także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zostało wykazane przez odwołującego, że na rynku istnieje praktyka stanowiąca, że główny wykonawca przerzuca ryzyko związane z karami umownymi odnoszącymi się do etapu prac projektowych na podwykonawcę tych prac (projektanta). Wykonawcy czynią to wprowadzając do umowy podwykonawczej klauzule zobowiązujące podwykonawcę do pokrycia wszelkich roszczeń zamawiającego związanych z podwykonanymi pracami, w tym naliczonych kar umownych, w takiej wysokości, jakie zostaną nałożone przez zamawiającego na głównego wykonawcę. W tej sytuacji zastrzeżenie kar za zwłokę w wykonaniu prac projektowych na poziomie niewspółmiernym do wartości świadczenia, powoduje, że projektanci, będący z reguły małymi i średnimi przedsiębiorcami, mogą rezygnować z ubiegania się o zamówienia jako podwykonawcy czy współkonsorcjanci generalnego wykonawcy.

Sporna kara umowna bez żadnych uzasadnionych powodów przyczyniała się zatem do premiowania takich generalnych wykonawców, którzy posiadają własne biura projektowe, a jednocześnie utrudniała konkurowanie tym wykonawcom, którzy chcieliby powierzyć prace projektowe podwykonawcy (projektantowi), bądź zrealizować zamówienie z udziałem projektanta jako współkonsorcjanta.

Czy wysokość wynagrodzenia pracownika wykonawcy może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa?

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 29 marca 2021 r., KIO 720/21

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk). Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. To, że wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą określone informacje wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twier-

dzenia, że takie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinien dokonać weryfikacji prawdziwości takiego zastrzeżenia. Weryfikacja prawdziwości takiego zastrzeżenia nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale powinna być oparta na obiektywnych przesłankach, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest: (1) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; (2) wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk; (3) przy czym obie te czynności powinny nastąpić – wraz z przekazaniem zastrzeżonych informacji.

Po pierwsze, ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wskazał, że dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji jako poufnej nie przesądza jednak o jej wartości gospodarczej. Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać zamawiającemu m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą.

Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnieniu wartości (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwyt w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w treści złożonego uzasadnienia dotyczącego zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie została wykazana wartość gospodarcza informacji, które nie zostały ujawnione przez zamawiającego tj. kalkulacji kosztów tłumaczeń. Uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy jako tajemnica przedsiębiorstwa musi bowiem odnosić się do konkretnych twierdzeń, oświadczeń, danych zawartych w wyjaśnieniach. Uzasadnienie zaś wykonawcy miało charakter ogólny, w zasadniczej części oparty na przytaczaniu gołosłownych twierdzeń o wartości gospodarczej, handlowej i ekonomicznej zastrzeżonych informacji, bez odniesienia się do poszczególnych elementów wyjaśnień. Stwierdzenia takie jak: „W/w dane stanowią informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, które posiadają dla nas wartość gospodarczą, które w szczególnym zestawieniu nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób”, „W/w dokumenty zawierają informacje technologiczne, handlowe, organizacyjne obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła kupna i zbytu. Posiadają wartość ekonomiczną i gospodarczą”, są twierdzeniami notorycznie powtarzanymi przez wykonawców w postępowaniach przetargowych. W ocenie składu orzekającego wykonawca nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia wartości gospodarczej kalkulacji cenowej tłumaczeń. Wykonawca nie

wykazał, że stosuje jakieś unikalny system wynagrodzeń dla tłumaczy, które uzasadnia ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów pracy, nie wykazał wartości niematerialnej zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie przedstawiał żadnej polityki czy metodologii wynagrodzenia pracowników w swojej firmie, jak również nie wykazał, iż przedstawione w treści wyjaśnień kalkulacje są oparte na opracowanej przez wykonawcę formule, mającej charakter unikatowy i dostępny wyłącznie temu wykonawcy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej można było pośrednio wnioskować, że wykonawca obawia się, iż w przypadku ujawnienia kosztów wynagrodzenia tłumacza istnieje ryzyko, że inny wykonawca mógłby zabiegać o jego pracowników. To jednak nie jest obiektywna wartość gospodarcza informacji uzasadniająca jej zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale subiektywna ocena ryzyka związanego z możliwością rezygnacji danego pracownika z pracy u wykonawcy na rzecz korzystniejszych warunków u innego podmiotu. Jest to bowiem element zdrowej i prawidłowej konkurencji na rynku, umożliwiającej pracownikom otrzymanie lepszego wynagrodzenia za wykonywaną pracę.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób informacja o poziomie wynagrodzenia tłumacza w tym konkretnym postępowaniu może być wykorzystana ze szkodą na wykonawcy w innych postępowaniach. Ryzyko utraty pracownika z powodu zbyt niskiego wynagrodzenia nie jest obiektywną wartością gospodarczą, ale elementem konkurencji i zapewnienia pracownikom uczciwego i godnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto, wynagrodzenie tłumaczy jest przedmiotem dyskusji na licznych forach internetowych, na których osoby te dzielą się informacjami co do otrzymywanego wynagrodzenia za pracę. Poziom tego wynagrodzenia jest okolicznością powszechnie znaną na rynku. Wobec braku wykazania przez wykonawcę wartości gospodarczej informacji zawartych w kalkulacjach cen tłumaczenia, informacje te nie spełniają przesłanki koniecznej do uznania ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu odtajnienie tych informacji, tak aby inni wykonawcy mieli możliwość zweryfikowania prawidłowości przyjętych przez wykonawcę założeń cenowych co do kosztów realizacji zamówienia.

Źródło: www.uzp.gov.pl

KANCELARIA PRAWNA

ADWOKAT GRZEGORZ MAZUREK

Adwokacka & Zamówień Publicznych

KANCELARIA ADWOKACKA

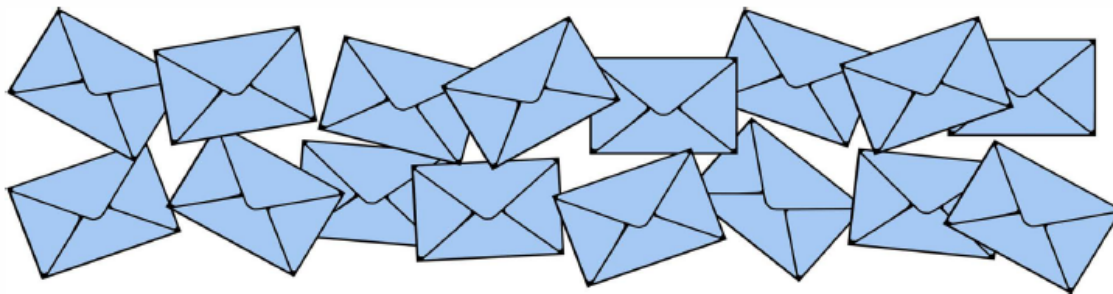
Prawo cywilne i gospodarcze
Prawo karne i karno - skarbowe - ochrona przed nadużyciami
Dochodzenie kar umownych, wykonanie umów, rozliczenia
Obsługa jednostek publicznych
Prawo administracyjne
Prawo pracy
Prawo konkurencji

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Przygotowanie postępowań - specyfikacja warunków zamówienia
oraz ogłoszenie o zamówieniu
Badanie i ocena ofert oraz kwalifikacja podmiotowa wykonawcy -
pomoc i opiniowanie oraz obrona rozstrzygnięcia
Zamawiający - zapewnienie dobrego zakupu i przestrzegania
prawa Przedsiębiorcy - ochrona praw wykonawców
Środki ochrony prawnej - pełny zakres
Dyscyplina finansów publicznych, korekty finansowe
Prawidłowa realizacja umowy

www.kancelariamazurek.pl

02-390 Warszawa, ul. Grójecka 194 lok. 188
Filia kancelarii: ul. Radziwie 5 lok. 80, 01-164 Warszawa
Tel. 22 305 36 55, 22 403 70 01, 603 436 259
biuro@kancelariamazurek.pl



Zamówienia publiczne w pytaniach i odpowiedziach

Czy w trybie podstawowym wyjaśnienia dotyczące treści oferty, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych powinny być składane, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym?

Zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. poz. 2452) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 ustawy, oferty, prace konkursowe, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, przedmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwo, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, sporządza się w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2020 r. poz. 346, 568, 695, 1517 i 2320), z zastrzeżeniem formatów, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem rodzaju przekazywanych danych.

Zgodnie natomiast z § 2 ust. 2 rozporządzenia informacje, oświadczenia lub dokumenty, inne niż określone w ust. 1, przekazywane w postępowaniu lub w konkursie, sporządza się w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o

informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub jako tekst wpisany bezpośrednio do wiadomości przekazywanej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, o których mowa w § 3 ust. 1 rozporządzenia.

Przepis § 3 ust. 2 rozporządzenia odnosi się również do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert nie będzie obowiązany udzielić takich wyjaśnień w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. W takim przypadku wykonawca może przesłać zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące treści złożonych ofert pocztą elektroniczną jako np. skan uprzednio sporządzonych wyjaśnień w formie pisemnej (cyfrowe odwzorowanie dokumentu w postaci papierowej) lub przesłać takie wyjaśnienia, jako treść wpisaną bezpośrednio w e-mailu, a nie jako załącznik do e-maila.

Jak podmiot trzeci ma wykazać rzeczywisty dostęp wykonawcy do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej?

Na podstawie § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Celem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej w zakresie ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jest to, czy dany podmiot będzie w stanie zapłacić składkę ubezpieczeniową za określona przez zamawiającego sumę gwarancyjna ubezpieczenia oraz czy jest podmiotem wiarygodnym, którego ubezpieczyciel będzie chciał objąć ubezpieczeniem.

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać również na sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby (tzw. podmiotów trzecich), niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (art. 118 ust. 1 ustawy Pzp). W takim przypadku wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 ustawy Pzp). Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby musi potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów (art. 118 ust. 4 ustawy Pzp).

Stąd, aby powołanie się wykonawcy na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia gwarantowało rzeczywisty dostęp do tych zasobów, podmiot trzeci powinien zawrzeć umowę ubezpieczenia na rzecz wykonawcy. Tylko wtedy bowiem będzie możliwe wykazanie, że podmiot trzeci jest w stanie ponieść ciężar składki z tytułu opłacenia polisy OC na rzecz wykonawcy.

Nie jest natomiast wystarczające powołanie się wykonawcy lub podmiotu trzeciego na taką możliwość bez zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, ponieważ nie gwarantowałoby to rzeczywistego dostępu do takiego zasobu. Samo zobowiązanie się podmiotu trzeciego do zawarcia

umowy ubezpieczenia i objęcie ochroną ubezpieczeniową wykonawcy jest niewystarczające do uznania, że podmiot trzeci zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Spełnienie tego warunku wykonawca powinien wykażać już na dzień złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takim przypadku podmiot trzeci powinien wskazać w złożonym zobowiązaniu dane umowy zawartej z ubezpieczycielem na rzecz wykonawcy (ubezpieczonego) ze wskazaniem określonej w warunku udziału w postępowaniu sumy gwarancyjnej ubezpieczenia.

W jakich przypadkach zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 4, a w jakich przypadkach na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp?

Przedmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 ustawy Pzp).

Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 4 i art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

Na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, gdy zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. W takim przypadku przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią treści oferty.

Na podstawie art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, gdy żądał przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. W

takim przypadku przedmiotowe środki dowodowe stanowią treści oferty.

Czy w trybie podstawowym, w wariantcie drugim (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp) zamawiający może zawiadomić wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, niezwłocznie po odrzuceniu ofert?

Na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych.

W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, gdy zamawiający nie prowadzi negocjacji, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

W takim przypadku, zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone
 - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający również udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 253 ust. 2 ustawy Pzp).

Jeżeli zamawiający zdecyduje się na prowadzenie negocjacji, po dokonaniu oceny ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach:

- 1) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
- 2) których oferty zostały odrzucone,
- 3) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktację przyznaną ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1 ustawy Pzp
 - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Czy w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej, zamawiający może zastosować procedurę zapytania ofertowego?

Na podstawie art. 11 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej (...), jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności.

Zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 11 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zostały określone w przepisach art. 37a–art. 37d ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2020 r. poz. 194) – w skrócie „uoipdk”. Podmiot prowadzący działalność kulturalną, udzielając zamówienia, o którym mowa w art. 11 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zamieszcza ogłoszenie o udzielanym zamówieniu na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej (art. 37a uoipdk).

Ogłoszenie o udzielanym zamówieniu ma charakter publiczny. Celem ogłoszenia o udzielanym zamówieniu jest umożliwienie każdemu zainteresowanemu wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia. Na podstawie 37a uoipdk niedopuszczalne jest zatem skierowanie zaproszenia do składania ofert do wybranych wykonawców. Należy również zauważyć, że na podstawie art. 37b uoipdk zamawiający udzielając zamówienia, o których mowa w art. 11 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, jest obowiązany zapewnić przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie.

Po otwarciu ofert ceny wszystkich ofert przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ceny. Czy w takim przypadku zamawiający musi dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, aby unieważnić postępowanie?

Na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Z przepisu art. 255 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że co do zasady unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu może nastąpić wtedy, gdy zamawiający przed unieważnieniem postępowania dokona wyboru najkorzystniejszej oferty („jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”).

Jeżeli jednak po otwarciu ofert ceny wszystkich ofert przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ceny i „z góry” wiadomo, że po dokonaniu badania ofert (po poprawieniu omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) ceny tych ofert nadal będą przewyższać kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający może unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty należy oceniać jako wyjątek do zasady realizacji zamówienia publicznego za kwotę podana bezpośrednio przed otwarciem ofert. Ewentualne zwiększenie kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Zamawiający ma zatem pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. Zamawiający nie musi więc podejmować jakichkolwiek działań celem zwiększenia kwoty ponad kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia publicznego.

Jak należy interpretować użyte w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wyrażenie „jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”?

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli usługi, dostawy lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn (a) technicznych o obiektywnym charakterze lub (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. Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp konieczne jest obiektywne ustalenie przez zamawiającego czy dane zamówienia może wykonać tylko jeden wykonawca. W przypadku art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp zamawiający powinien ustalić, czy na rynku usług, dostaw lub robót budowlanych tylko dany wykonawca będzie mógł wykonać określona usługę, dostawę lub robotę budowlaną. Sam fakt posiadania praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów nie jest wystarczającą podstawą do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Konieczne jest ustalenie, że wykonawca posiada takie prawo wyłączne, a jednocześnie jest jedynym wykonawcą, który może wykonać usługę, dostawę lub robotę budowlaną.

Zamawiający musi również wykazać, że dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone

tylko przez jednego wykonawcę (...), ponieważ nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Zamawiający chcąc udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 ustawy Pzp musi również wykazać, że na runku usług, dostaw lub robót budowlanych nie istnieje substytut, który mógłby zaspokoić rzeczywistą potrzebę zamawiającego (rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze).

Użyte w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp wyrażenie „brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia” oznacza, że warunki zamówienia nie zostały tak opisane (np. opis przedmiotu zamówienia), że tylko jeden wykonawca może te warunki spełnić.

Czy w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający może wymagać odbycia wizji lokalnej?

Zgodnie z art. 131 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo, jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone. Co do zasady przepis art. 131 ust. 2 ustawy Pzp odnosi się do trybów, w których są składane oferty. Nie oznacza to, że zamawiający nie może wymagać w trybie zamówienia z wolnej ręki odbycia wizji lokalnej przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji może uzależnić prowadzenie negocjacji od odbycia wizji lokalnej przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji. Wymaganie odbycia wizji lokalnej będzie uzasadnione w przypadku, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane będą wykonywane w warunkach na tyle nietypowych, że poznanie tych warunków będzie konieczne do przeprowadzenia negocjacji.

Czy demonstracja i prezentacja to przedmiotowe środki dowodowe?

Zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przedmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 ustawy Pzp). Przedmiotowymi środkami dowodowymi są prezentacje, demonstracja, wizualizacja, testy i próbki. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że przeprowadzanie demonstracji w celu potwierdzenia, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, nie jest uznawane za niedopuszczalne (zob. wyroki z dnia 28 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 469/09, dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1173/08 i dnia 13 lutego 2008 r., KIO/UZP 70/08). Jeżeli po dokonaniu prezentacji okaże się, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (por. wyroki z dnia 22 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1420/08 i dnia 16 września 2009 r., KIO/UZP 1269/09).

W orzecznictwie demonstrację traktuje się również jak próbkę albo coś do niej zbliżonego (zob. wyroki z dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1173/08 i dnia 17 maja 2010 r., KIO/UZP 758/10). W wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r., KIO 1207/13, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do wizualizacji oferowanego przez wykonawcę zestawu zabawowego, uznała, że „opis i wizualizacja oferowanego zestawu zabawowego, w zakresie, w jakim przedstawiają, jakie urządzenie (o jakich parametrach, konstrukcji, zastosowanych materiałach... etc.) jest oferowane, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument stanowiący część treści oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane dostawy (roboty) odpowiadają wymaganiom zamawiającego. W konsekwencji, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp2004 (aktualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) do jego uzupełnienia przez wymianę opisanego tam, a więc oferowanego, urządzenia na inne.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej również testy należy „uznać za etap merytorycznego badania oferty pod kątem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia” (zob. wyroki z dnia 10 listopada 2011 r., KIO 2361/11, KIO 2833/12, KIO 2015/13).

W wyroku z dnia 22 listopada 2013 r., KIO 2600/13, KIO 2609/13, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że żądanie próbki nie może narażać wykonawców na nadmierne obciążenia finansowe. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „uprawnienie do zażądania próbki ograniczone jest przez uniwersalną regułę wynikającą z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający może zażądać od wykonawców wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej ową niezbędność należy odnosić zarówno do możliwości zażądania dokumentu jako takiego, jak i zażądanego zakresu dokumentu. Ta druga płaszczyzna oceny ma w szczególności znaczenie przy próbkce, której zakres nie został bliżej sprecyzowany w przywołanym przepisie rozporządzenia. Zatem również zakres zażądanego próbki musi być niezbędny dla przeprowadzenia postępowania.”

W jakich przypadkach wykonawca powinien zawiadomić zamawiającego, że projekt budowlany jest wadliwy?

Jeżeli dostarczona przez zamawiającego (inwestora) dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajądą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora (art. 651 k.c.).

W wyroku z dnia 5 września 2011 r., V ACa 373/11, Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał, że z art. 651 k.c. nie da się wywieść obowiązku szczegółowego sprawdzania projektu. Nie oznacz to jednak, że wykonawca jest zwolniony od obowiązku zwrócenia uwagi na to inwestorowi. Jeśli wykonawca dostrzeże, że projekt jest wadliwy, ma obowiązek zawiadomienia o tym inwestora. Chodzi tu o wady w projekcie niewymagające wiadomości specjalnych.

Wykonawca robót budowlanych nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Musi jedynie umieć odczytać projekt i wykonać ro-

boty zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. W wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do obowiązku sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad, w sytuacji gdy zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał i upewnił się co do „prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przez mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia”, przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, że: „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważone na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż niezgłoszenie jakichś uwag traktowane może być jako działanie zawnione ze strony Wykonawcy”.

W wyroku z dnia 27 marca 2000 r., III KKN 629/98, Sąd Najwyższy stwierdził, iż „z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca jest obowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora, gdy dostarczona przez niego dokumentacja, teren

budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu ich wykonaniu (ich wykonanie zgodnie z dostarczonym projektem budowlanym spowoduje powstanie obiektu wadliwego). W tym przypadku chodzi jednak o sytuacje, w których stwierdzenie, że dostarczony przez inwestora projekt nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Konsekwencją niedopełnienia przez wykonawcę obowiązku zawiadomienia, o którym mowa w art. 651 k.c., będzie powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciążącego na nim obowiązku (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08).

To, że wykonawca nie zgłosił inwestorowi przeszkód w terminowym wykonaniu umowy o roboty budowlane nie oznacza, że już z tego powodu należy mu przypisać odpowiedzialność za nieterminowe zrealizowanie robót budowlanych. Wykonawca może odpowiadać jedynie za niedołożenie należytej staranności w wykryciu wad, które jako uczestnik procesu budowlanego mógł i powinien był wykryć, nie przejmując w żadnej mierze odpowiedzialności za projekt budowlany. O tym, że dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić inwestora (czyli działanie bez nieuzasadnionej zwłoki przy dołożeniu przyjętej w danych stosunkach staranności). Termin ten rozpoczyna bieg od momentu uzyskania przez wykonawcę informacji o nieprzydatności dokumentacji, terenu budowy, maszyn lub urządzeń do prawidłowego wykonania robót albo o jakichkolwiek innych okolicznościach, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu takich robót. Natomiast nie ma podstaw do uznania, że bieg terminu określonego w art. 651 k.c. może rozpocząć się od momentu, w którym wykonawca mógł uzyskać informację o wskazanych w tym przepisie okolicznościach, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót przy zachowaniu należytej staranności. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 647 k.c. to na inwestorze ciąży obowiązek przygotowania robót, w szczególności przygotowania terenu budowy oraz sporządzenia i dostarczenia projektu. Z art. 647 k.c. nie wynika jednak brak

jakichkolwiek obowiązków wykonawcy związanych z weryfikacją otrzymanego do wykonania projektu.

Czy można stosować nieobowiązujący art. 88 Pzp2004 do poprawiania omyłek w ofertach?

W wyroku z dnia 2 października 2019 r., KIO 1821/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wskazówką w zakresie możliwych sposobów poprawiania omyłek rachunkowych może być przepis art. 88 Pzp2004 uchylony ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058).

Wytyczne wskazane w uchylonym art. 88 Pzp2004 nie utraciły na znaczeniu, gdyż powodem jego uchylenia było otwarcie możliwości poprawiania omyłek dla szerszego katalogu przypadków, niż enumeratywne ujętych w jego treści (tak w wyroku z dnia 30 maja 2016 r., KIO 825/16 i uchwale z dnia 26 marca 2019 r., KIO/KU 18/19). Zgodnie z brzmieniem ust. 1 pkt 3 lit. a) uchylonego przepisu art. 88 Pzp2004 zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w następujący sposób: w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa): przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

Powyższe wytyczne wskazują, iż podstawą do weryfikacji obliczeń przedstawionych w ofercie w przypadku ceny ryczałtowej jest cena określona za przedmiot zamówienia. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza także w wyroku z dnia 14 lipca 2016 r., KIO 1166/16, uznając, że „Biorąc pod uwagę okoliczność, iż charakter wynagrodzenia dla przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy, to ewentualne omyłki dotyczące cen jednostkowych i całkowitych za pozycje, muszą być skorelowane z ceną całkowitą oferty.”

Krajowa Izba Odwoławcza uznała wówczas, że zamawiający prawidłowo poprawił omyłkę dotyczącą ceny jednostkowej dostosowując jej wysokość do ceny całkowitej za daną pozycję, gdyż suma wszystkich pozycji cen jednostkowych zgodna była z oświadczeniem woli wykonawcy, co do wysokości ceny ofertowej, jako całości, wszystkich poszczególnych pozycji oferty.

Józef Edmund Nowicki

W najbliższym numerze m. in.:

- ❖ **Studia podyplomowe z zamówień publicznych w nowej i ciekawej formule**
- ❖ Podmioty udostępniające zasoby
- ❖ Komentarze i artykuły
- ❖ Co budzi kontrowersje w zamówieniach publicznych?
- ❖ Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?
- ❖ Zamówienie z wolnej ręki – o czym warto pamiętać?
- ❖ Rejestr umów
- ❖ Jak udzielać zamówień regulaminowych?
- ❖ Czy warto stosować tryb podstawowy w wariancie 3?
- ❖ Wzory dokumentów z komentarzem
- ❖ Zamówienia publiczne w pytaniach i odpowiedziach

Zapraszamy do współpracy

wspolpraca@rynekprzetargowy.pl

www.rynekprzetargowy.pl