

**Jak zostać  
ekspertem w  
zamówieniach  
publicznych?**

**Wyjaśnienia  
treści SWZ**

**Dopuszczalne  
kryteria oceny ofert**

**Wadium w  
zamówieniach  
publicznych**

**Rażąco niska cena  
w usługach  
projektowych**

**Tajemnica  
przedsiębiorstwa**

**Oczywiste omyłki  
pisarskie  
i rachunkowe**

**Klauzule  
przeładowe**

**Doświadczenie  
wykonawcy  
i podwykonawcy**

**Wyniki kontroli  
Prezesa UZP**

# Rynek Przetargowy

DWUMIESIĘCZNIK UCZESTNIKÓW RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

LIPIEC - SIERPIEŃ | Numer 3/2022 (3) | ISSN 2720-6084

**Składanie podmiotowych  
środków dowodowych  
bez wezwania**

**Specyfikacja zamówienia  
z wolnej ręki**

**Wariant 2 w trybie  
podstawowym od oceny  
ofert do wyboru oferty**

**Kwalifikowany podpis  
elektroniczny niekompletnie  
zweryfikowany**

**STUDIA PODYPLOMOWE  
Z ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
W NOWEJ I CIEKAWEJ FORMULE**

# 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 I PATRONAT

redaktor.naczelnny@rynekprzetargowy.pl

## BIURO REKLAMY

redakcja@rynekprzetargowy.pl

## RADA KONSULTACYJNA

Iwona Miller - Rutkowska  
Adw. Mikołaj Kotecki  
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

## ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Józef Edmund Nowicki  
Maciej Nowicki

Wydawca i redaktor nie ponosi odpowiedzialności za treść ogłoszeń i reklam opublikowanych zgodnie z art. 36 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. - Prawo prasowe

## ŹRÓDŁO ZDJĘĆ

pixabay.com



W trybie podstawowym, w wariant 2, 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 wariant 2 negocjacje treści ofert nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ i dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. W artykule „Wariant 2 w trybie podstawowym od oceny ofert do wyboru najkorzystniejszej oferty” została omówiona procedura przeprowadzania negocjacji, składania, badania i oceny ofert dodatkowych oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Problem samodzielnego złożenia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz oceny jego skutków ma złożony charakter. Na przestrzeni kilku lat w orzecznictwie były prezentowane różne stanowiska. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie ukształtowała się jednolita linia orzecznicza dotycząca postępowania zamawiającego w przypadku samodzielnego złożenia wraz ofertą podmiotowych środków dowodowych. Przepisy art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazują na obowiązek wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W orzecznictwie zwraca się uwagę, że substytutu wezwania nie może stanowić samodzielne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu lub nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia. Domniemanie takie nie może mieć miejsca nawet w sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty wymagane przez rozporządzenie, na skutek złożenia ich przez wykonawcę wraz z ofertą. Problem złożenia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych został omówiony w artykule „Samodzielne składanie, poprawianie i uzupełnianie podmiotowych środków dowodowych”.

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym. Zamawiający może skorzystać z niego w ściśle określonych przypadkach. Podstawy zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki mają charakter katalogu zamkniętego. W postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie dochodzi do porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich. Udzielanie zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą powoduje, że tryb ten pozostaje w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak udzielać zamówienia z wolnej ręki traktuje artykuł „Specyfika zamówienia z wolnej ręki”.

Wyjaśnianie i zmiana treści SWZ są czynnościami o odmiennym celu i znaczeniu. Wyjaśnienia treści specyfikacji służą doprecyzowaniu, rozwinięciu kwestii wynikających z postanowień w celu przedstawienia ich celowościowego rozumienia, niedoprecyzowanych z różnych przyczyn na etapie tworzenia SWZ. Na wykonawcy zwracającym się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ ciąży obowiązek redagowania pytań z zachowaniem należytej staranności. Problematyka praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w toku wyjaśniania treści SWZ została omówiona w artykule „Wyjaśnianie treści SWZ”.

To tylko niektóre tematy w numerze 3 Rynku Przetargowego.

*Józef Edmund Nowicki*

Redaktor naczelny

## SPIS TREŚCI

|    |                                                                                          |    |                                                                                          |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------|----|------------------------------------------------------------------------------------------|
|    | <i>Tryb podstawowy</i>                                                                   |    | <i>Doświadczenie podwykonawcy</i>                                                        |
| 5  | <b>Wariant 2 w trybie podstawowym od oceny ofert do wyboru najkorzystniejszej oferty</b> | 42 | <b>Czy wykonawca może powołać się na doświadczenie podwykonawcy?</b>                     |
|    | <i>Zmiany zawartej umowy</i>                                                             |    | <i>Kryteria oceny ofert</i>                                                              |
| 8  | <b>Klauzule przeglądowe i zmiana istotna umowy</b>                                       | 46 | <b>Dopuszczalne kryteria oceny ofert</b>                                                 |
|    | <i>Tajemnica przedsiębiorstwa</i>                                                        |    | <i>Wadium i termin związania ofertą</i>                                                  |
| 12 | <b>Tajemnica przedsiębiorstwa</b>                                                        | 53 | <b>Okres ważności wadium i termin związania ofertą</b>                                   |
|    | <i>Badanie ofert</i>                                                                     |    | <i>Rażąco niska cena</i>                                                                 |
| 18 | <b>Zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania</b>                              | 58 | <b>Równe traktowanie wykonawców przy badaniu rażąco niskiej ceny</b>                     |
|    | <i>Finansowanie zamówienia</i>                                                           |    | <i>Podmiotowe środki dowodowe</i>                                                        |
| 20 | <b>Oferta z najniższą ceną przekracza możliwości finansowe zamawiającego</b>             | 60 | <b>Samodzielne składanie, poprawianie i uzupełnianie podmiotowych środków dowodowych</b> |
|    | <i>Wadium</i>                                                                            |    | <i>Rażąco niska cena</i>                                                                 |
| 22 | <b>Wadium w zamówieniach publicznych</b>                                                 | 66 | <b>Badanie rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi projektowe i nadzoru</b>         |
|    | <i>Poprawianie omyłek w ofertach</i>                                                     |    | <i>Kwalifikowany podpis elektroniczny</i>                                                |
| 29 | <b>Oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe</b>                                           | 68 | <b>Kwalifikowany podpis elektroniczny niekompletnie zweryfikowany</b>                    |
|    | <i>Zamówienie z wolnej ręki</i>                                                          |    | <i>Specyfikacja warunków zamówienia</i>                                                  |
| 32 | <b>Specyfika zamówienia z wolnej ręki</b>                                                | 72 | <b>Wyjaśnianie treści SWZ</b>                                                            |
|    | <i>Rozmowa z ekspertem</i>                                                               |    | <i>Wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych</i>                               |
| 38 | <b>Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?</b><br>MAŁGORZATA WIŚNIEWSKA         | 75 | <b>Czy plecaki taktyczne, rękawice ćwiczebne i śpiwory należy szacować razem?</b>        |
| 40 | <b>Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?</b><br>WOJCIECH BERESZKO             | 78 | <i>Zamówienia publiczne w pytaniach i odpowiedziach</i>                                  |



# **Studia podyplomowe**

## **ZAMÓWIENIA PUBLICZNE**

**STUDIA OBJĘTE PATRONATEM**

**Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych  
oraz  
Okręgowej Rady Adwokackiej  
w Krakowie**

**Program studiów podyplomowych** przygotowany  
we współpracy z najbardziej doświadczonymi  
ekspertami prawa zamówień publicznych

**Wykładowcy** to uznani eksperci  
z dziedziny prawa zamówień publicznych

**Wsparcie merytoryczne** w czasie trwania studiów  
podyplomowych, w tym również w postaci  
cyklicznego informatora

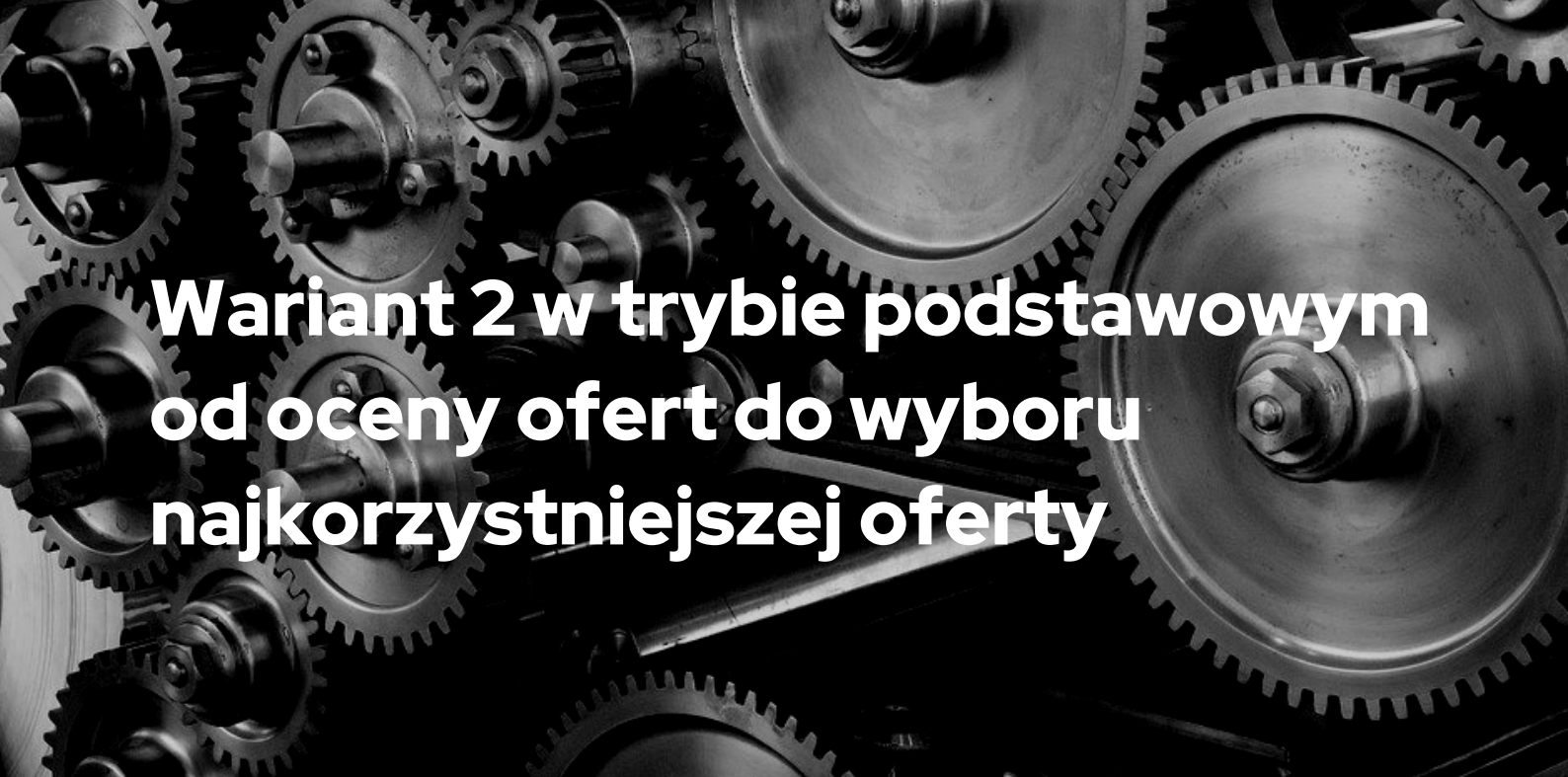
### **VADEMECUM SŁUCHACZA STUDIÓW PODYPLOMOWYCH**

z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym,  
komentarzami praktycznymi oraz opiniami prawnymi

**Unikatowe materiały szkoleniowe**  
i wzory dokumentów **w wersjach edytowalnych**  
niezbędne w codziennej pracy w zamówieniach  
publicznych z komentarzami i orzecznictwem

**Strona internetowa studiów podyplomowych:**

<https://www.cj.pk.edu.pl/studia-podyplomowe/zamowienia-publiczne/>



# Wariant 2 w trybie podstawowym od oceny ofert do wyboru najkorzystniejszej oferty

PROWADZONE NEGOCJACJE MAJĄ CHARAKTER POUFNY I ŻADNA ZE STRON NIE MOŻE, BEZ ZGODY DRUGIEJ STRONY, UJAWNIAĆ INFORMACJI TECHNICZNYCH I HANDLOWYCH ZWIĄZANYCH Z NEGOCJACJAMI. ZGODA JEST UDZIELANA W ODNIESIENIU DO KONKRETNÝCH INFORMACJI I PRZED ICH UJAWNIENIEM.

## **Fakultatywność negocjacji**

W trybie podstawowym, w wariantcie 2, 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 (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp). W wariantcie 2 negocjacje treści ofert nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ i dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

Jeżeli po ocenie ofert zamawiający nie zdecyduje się na negocjacje, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (art. 287 ust. 1 ustawy Pzp). W takim przypadku zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych

środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli 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 oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, dane umożliwiające dostęp do tych środków (art. 274 ust. 4 ustawy Pzp). Na podstawie art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.

Jeżeli po ocenie ofert zamawiający zdecyduje się na negocjacje, informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach:

- 1) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
- 2) których oferty zostały odrzucone,
- 3) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej 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.

Następnie zamawiający zaprasza wykonawców do negocjacji, wskazując w zaproszeniu do negocjacji wskazuje miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji oraz również kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. Negocjacje nie są obowiązkowe. Niewzięcie udziału w negocjacjach nie pozbawia wykonawcy uprawnienia do złożenia oferty dodatkowej.

Celem negocjacji w wariantie 2 jest przekonanie wykonawcy, że jego pozycja po ocenie ofert może ulec pogorszeniu, jeżeli np. nie złoży oferty dodatkowej zawierającej nowe propozycje w zakresie treści oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji, lub polepszeniu, gdy złoży ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji.

Po zakończeniu negocjacji zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone (także tych wykonawców, którzy nie wzięli udziału w negocjacjach), o zakończeniu negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert dodatkowych (art. 293 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający nie informuje o zakończeniu negocjacji wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zostały skutecznie odrzucone.

Podczas negocjacji ofert zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców, nie udziela informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami (art. 290 ust. 2 ustawy Pzp). Prowadzone negocjacje mają charakter poufny i żadna ze stron nie może, bez zgody drugiej strony, ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z negocja-

cjami (zob. art. 291 ust. 1 i 3 ustawy Pzp). Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem.

W toku negocjacji żadna ze stron nie może, bez zgody drugiej strony, ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem (art. 290 ust. 3 ustawy Pzp).

Negocjacje dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (art. 278 ustawy Pzp) (negocjacje mogą dotyczyć tylko tych kryteriów oceny ofert, które zamawiający wskaże w zaproszeniu do negocjacji).

Jeżeli cena będzie jedynym kryterium oceny ofert, negocjacje mogą dotyczyć tylko ceny. Jeżeli kryteriami oceny ofert będą cena, okres gwarancji i warunki serwisu posprzedażnego, negocjacje mogą dotyczyć ceny, okresu gwarancji lub warunków serwisu posprzedażnego.

Kryteria oceny ofert w ramach, których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert zamawiający wskazuje w zaproszeniu do negocjacji (art. 289 ust. 5 ustawy Pzp).

### **Składanie ofert dodatkowych**

W wariantie 2 zamawiający wyznacza termin na złożenie ofert dodatkowych z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie tych ofert, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dodatkowych (art. 296 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp).

Wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji (art. 296 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp).

Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (art. 296 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp).

Oferta przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów

oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji (art. 296 ust. 2 zdanie trzecie ustawy Pzp).

Oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlega odrzuceniu (art. 296 ust. 2 zdanie czwarte ustawy Pzp).

Wykonawca składa ofertę dodatkową, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

### **Przykład**

*Jeżeli w zaproszeniu do negocjacji zamawiający wskaże kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert cenę i okres gwarancji, to wykonawca w ofercie dodatkowej może zaoferować nową (niższą) cenę i nowy (dłuższy) okres gwarancji, ponieważ oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.*

*Oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu przestanie bowiem wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji.*

*Jeżeli wykonawca złożyłby ofertę dodatkową mniej korzystną w ramach któregoś z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji, oferta tego wykonawcy zostanie odrzucona. W takim przypadku wykonawcę wiąże oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.*

*Nie jest więc możliwe zaoferowanie w ofercie dodatkowej niższej ceny i krótszego okresu gwarancji albo wyższej ceny i dłuższego okresu gwarancji, nawet jeżeli bilans punktowy tych kryteriów w ofercie dodatkowej byłby korzystniejszy niż bilans punktowy tych kryteriów w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.*

*Oferta dodatkowa nie może bowiem być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji (art. 296 ust. 2 zdanie drugie Pzp).*

Po badaniu i ocenie ofert dodatkowych zamawiający, zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień składania, chyba że zamawiający jest w posiadaniu lub ma dostęp do tych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli 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 oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, dane umożliwiające dostęp do tych środków (art. 274 ust. 4 ustawy Pzp).

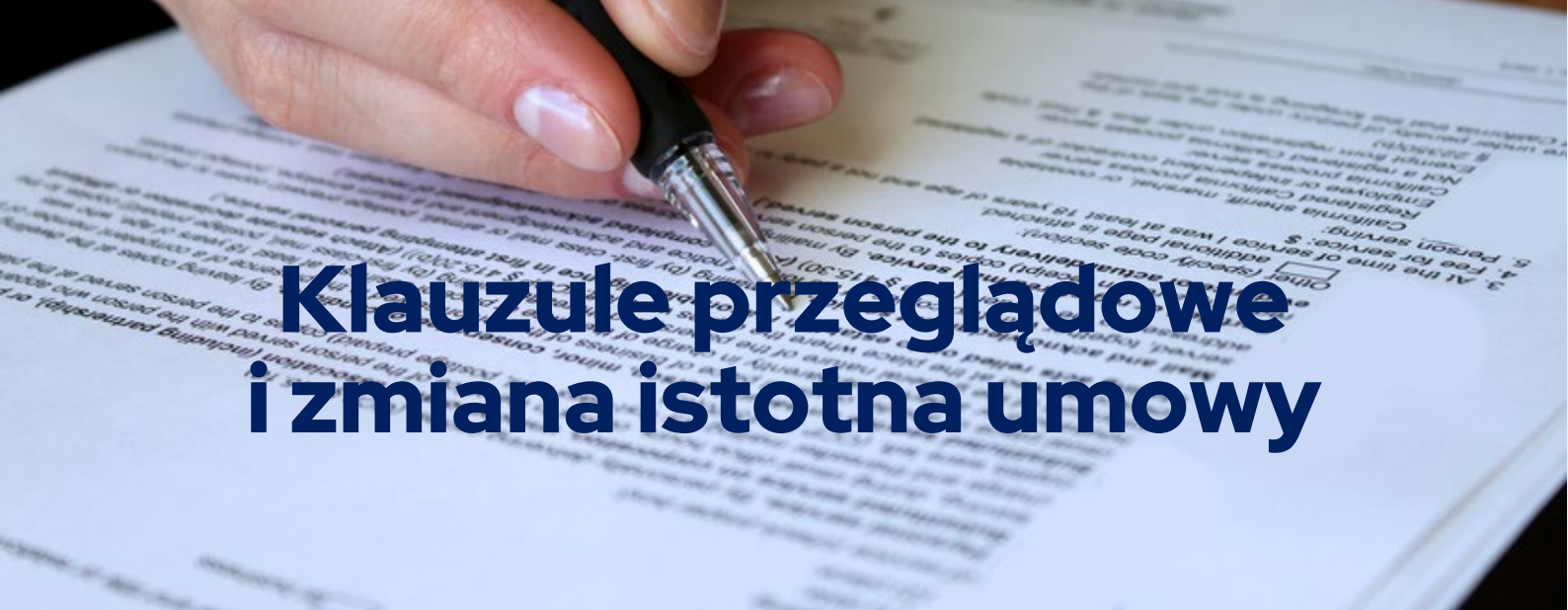
Po złożeniu przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, zamawiający dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jeżeli będą zachodzić uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.

### **Wybór najkorzystniejszej oferty**

Jeżeli złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego wyniki oceny ofert oraz propozycję wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 54 ust. 3 ustawy Pzp). Kierownik zamawiającego zatwierdzając propozycję komisji przetargowej dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 52 ust. 1 ustawy Pzp).

Obowiązki informacyjne zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty zostały określone w art. 253 Pzp.



# Klauzule przeglądowe i zmiana istotna umowy

MOTYWY 107 I 111 DYREKTYWY 2014/24/UE NIE MAJĄ WYMIARU ABSOLUTNEGO, PONIEWAŻ UZNANIE, CZY KONKRETNA ZMIANA POSTANOWIEŃ ZAWARTEJ UMOWY JEST ZMIANĄ ISTOTNĄ I MAJĄCĄ WPŁYW NA KRĄG WYKONAWCÓW LUB TREŚĆ ZŁOŻONEJ OFERTY, POWINNA BYĆ ROZSTRZYGANA NA PODSTAWIE KONKRETNÝCH OKOLICZNOŚCI, KTÓRE STANOWIŁY PODSTAWĘ ZMIANY.

## Rodzaj i zakres zmian oraz warunki wprowadzania zmian

Na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i zakres zmian,
- 2) określają warunki wprowadzenia zmian,
- 3) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu dokonanie modyfikacji, o ile tylko w sposób jasny wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia okoliczności, od których spełnienia uzależnia możliwość zmiany umowy i zakres zmiany.

Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Prawo do dokonania modyfikacji w świetle art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności.

Przykładowo, klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Dodatkowym ograniczeniem, jakie ustawodawca nałożył na zamawiającego w odniesieniu do zakresu zmian, jest wskazany w art. 455 ust. 1b ustawy Pzp warunek, by zmiany nie modyfikowały ogólnego charakteru umowy (np. zastąpienie całości lub części zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym rodzajem lub przedmiotem zamówienia).

Celem art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest zapobieżenie zmianom umowy wskutek arbitralnych decyzji zamawiającego lub okoliczności nieznanych wykonawcom w toku prowadzonego postępowania do upływu terminu składania ofert. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp, w tym art. 455 ust. 1, nie stoją na przeszkodzie, aby zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeszcze przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia, zmienił postanowienia przyszłej umowy, jeżeli zmiany te zamawiający prze-

widział w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (np. specyfikacji warunków zamówienia), (por. wyroki z dnia 21 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1089/10, z dnia 22 marca 2010 r., KIO/UZP 210/10, z dnia 10 lutego 2009 r., KIO/UZP 125/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 2 czerwca 2005 r., III Ca 262/05, niepubl.).

W motywie 111 dyrektywy 2014/24/UE ustawodawca unijny zwraca uwagę, że „instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej. W niniejszej dyrektywie należy zatem określić, do jakiego stopnia pierwotna umowa może przewidywać wprowadzanie modyfikacji. Następnie należy doprecyzować, że wystarczająco jasno sformułowane klauzule przeglądowe lub klauzule dotyczące opcji mogą np. przewidywać indeksację cen lub zapewniać, by – przykładowo – urządzenia komunikacyjne dostarczane w trakcie danego okresu były w dalszym ciągu odpowiednie, również w przypadku zmiany protokołów komunikacyjnych lub innych zmian technologicznych. Na podstawie wystarczająco jasnych klauzul powinno być również możliwe wprowadzenie zapisów przewidujących dostosowanie umów konieczne z uwagi na trudności techniczne, które pojawiły się w trakcie użytkowania lub utrzymania. Należy także przypomnieć, że zamówienia mogłyby np. obejmować zarówno zwykłe utrzymanie, jak i przewidywać wyjątkowe działania w zakresie utrzymania, które mogą stać się konieczne w celu zapewnienia ciągłości usługi publicznej”.

Podkreślenia wymaga, że w motywie 111 dyrektywy 2014/24/UE ustawodawca unijny wskazuje jedynie ogólne zasady dokonywania zmian zwartej umowy w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, nie odnosząc tych zasad do wszystkich okoliczności (zdarzeń), które mogą być podstawą zmiany zawartej umowy.

Zgodnie natomiast z motywem 107 dyrektywy 2014/24/UE „Niezbędne jest doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych

zmian w pierwotnej umowie, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron, w tym podziału praw własności intelektualnej. Zmiany te wskazują na zamiar stron dotyczący renegotiacji istotnych warunków tej umowy. Ma to miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu. (...)”

Podkreślenia wymaga, że motywy 107 i 111 dyrektywy 2014/24/UE nie mają wymiaru absolutnego, ponieważ uznanie, czy konkretna zmiana postanowień zawartej umowy jest zmianą istotną i mającą wpływ na krąg wykonawców lub treść złożonej oferty, powinna być rozstrzygana na podstawie konkretnych okoliczności, które stanowiły podstawę zmiany.

### **Zmiana istotna umowy**

Zgodnie z art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności, jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Przepis art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odpowiada przepisowi art. 144 ust. 1 pkt 1 nieobowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288 i 1086) – dalej jako „Pzp2004”.

Przepis art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nawiązuje do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse, EU:C:2008:351, Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że „Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Dopuszczalne zatem będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie za-

mówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”

W wyroku C-454/06 Europejski Trybunał Sprawiedliwości zwrócił uwagę, że „Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”. Do warunków, które spowodowałyby wzięcie lub możliwość wzięcia udziału innych wykonawców lub przyjęcia oferty innej treści należy zaliczyć istotne zmiany dotyczące m.in. opisu przedmiotu zamówienia (np. cech technicznych i jakościowych, wymagań funkcjonalnych, dopuszczalności stosowania rozwiązań równoważnych), zmiany wysokości kar umownych, sposobu i terminu wykonania zamówienia (np. zmiana liczby dni wyznaczonych na wykonanie zamówienia lub liczby dni na wykonanie poszczególnych etapów zamówienia), warunków płatności, okresu i warunków gwarancji.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych „Dokonując oceny czy dana zmiana ma charakter istotny należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Z istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp2004 będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wprowadzone zmiany powodują zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mo-

głoby być udzielone.

Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 144 ust. 1 Pzp2004 uzasadnia wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, w którym TSUE wskazał, iż „zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...)”

Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia.”

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, że ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówie-



nia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców.

Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględnić konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż zmiana umowy wywołana przyczynami zewnętrznymi, które w sposób obiektywny uzasadniają potrzebę tej zmiany, niepowodująca zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, która nie prowadzi również do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak też nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu, może być uznana za zmianę nieistotną (por. tezy nr 61–70 ww. wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C–454/06). Dotyczyć to będzie w szczególności przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnoszą się w równym stopniu do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. wynikają z okoliczności niezależnych od osoby wykonawcy. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w sytuacji, gdy zmiana umowy jest obiektywnie uzasadniona w odniesieniu do każdego z wykonawców, z którym zawarto by umowę. Przy czym zakres i warunki takiej zmiany są niezależne od osoby wykonawcy, tj. zmiana umowy zostałaby dokonana z każdym wykonawcą w takim samym zakresie i na tych samych zasadach. Przy dokonywaniu powyższej kwalifikacji istotne znaczenie ma przy tym fakt, że potencjalna wiedza o wprowadzeniu zmian do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania.”

W wyroku z dnia 24 stycznia 2018 r., III SA/Wr 680/17 (LEX nr 2457632) Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu uznał, że ze względu na fakt, iż termin realizacji zamówienia nie był czynnikiem znaczącym z punktu widzenia wyboru tego, a nie innego wykonawcy, ponieważ o wyborze decydowała cena, która była jedynym kryterium oceny ofert, nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że przesunięcie terminu wykonania umowy stanowiło niedopuszczalną zmianę umowy. Termin realizacji umowy nie wpływał na wy-

bór oferty. Z tego też powodu nie można uznać argumentacji, że zmiana terminu potencjalnie mogła ograniczyć krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie (Urząd Kontroli Skarbowej uznał, że w postępowaniu dokonano istotnej zmiany postanowień umowy, ponieważ wydłużenie terminu realizacji umowy o 9 miesięcy w stosunku do terminu określonego w SIWZ, co stanowiło w ocenie Urzędu Kontroli Skarbowej istotną zmianę warunków zamówienia, skutkującą koniecznością nałożenia korekty finansowej). W tym względzie Sąd podzielił pogląd wyrażony w skardze, że zasadom udzielania zamówień publicznych nie sprzeciwiają się takie zmiany umowy, których przyczyny w takim samym są uzasadnione w stosunku do każdego wykonawcy, który zostałby wybrany i z tego względu nie oznaczają preferencji żadnego z nich. Jak podkreślił zamawiający, przedłużające się postępowanie uzasadniało zmianę terminu realizacji zadania niezależnie od tego, który podmiot zostałby wybrany w wyniku przeprowadzonego postępowania, podczas gdy o samym wyborze decydowała wyłącznie oferowana cena. Zdaniem Sądu, sam fakt zainteresowania ubieganiem się o udzielenie zamówienia przez inne firmy, które ostatecznie nie złożyły oferty nie jest dostateczną przesłanką do wnioskowania, że przedłużenie terminu realizacji umowy prowadziło do udziału w postępowaniu nie tylko większej liczby podmiotów, ale także do zaoferowania przez nich niższych cen od wybranego wykonawcy. Sąd zwrócił również uwagę, że zgodnie z wyrażanym w orzecznictwie poglądem, „ocena zmiany terminu wykonania inwestycji musi być jednak odnoszona do dokumentacji będącej przedmiotem prowadzonego postępowania. Inaczej rzecz ujmując, bez odniesienia się do zawartych tam postanowień nie można z góry określić, jaki charakter ma zmiana, bo nie daje się ustalić wpływu tej zmiany na treść umowy, a pośrednio na wybór oferenta i możliwość złożenia przez potencjalnych oferentów „znacząco” innych ofert.

Niezasadne jest założenie, że każda zmiana terminu realizacji umowy jest zmianą na tyle istotną/znaczącą/doniostą, że inny wykonawca, mógłby złożyć ofertę (por. wyrok NSA z dnia 4 marca 2015 r., sygn. II GSK 2143/13). Konieczne jest rozważenie znaczenia wprowadzonej zmiany dla realizacji celu umowy. W podobnym duchu wypowiadał się NSA w powołanym przez skarżącą wyroku z dnia 5 lutego 2014 r. o sygn. akt II GSK 1918/12 oraz w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych.”

# Tajemnica przedsiębiorstwa



DO SKUTECZNEGO ZASTRZEŻENIA OKREŚLONYCH INFORMACJI ZAWIERAJĄCYCH TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA KONIECZNE JEST, ABY WYKONAWCA, WRAZ Z PRZEKAZANIEM TAKICH INFORMACJI, ZASTRZEĞŁ, ŻE NIE MOGĄ BYĆ ONE UDOSTĘPNIANE ORAZ WYKAZAŁ, ŻE ZASTRZEŻONE INFORMACJE STANOWIĄ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA. OBOWIĄZEK WYKAZANIA PRZESŁANEK SKUTECZNOŚCI TAKIEGO ZASTRZEŻENIA.

## Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) – w skrócie „uznk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” zostało zdefiniowane w art. 11 ust. 2 uznk. Tajemnicą przedsiębiorstwa są 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.

Informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa to informacje dotyczące w szczególności sposobu wytwarzania (produkcji) określonych dóbr, wielkości produkcji lub sprzedaży, zasad finansowania działalności, organizacji sprzedaży (dystrybucji), działalności marketingowej (promocyjnej) związanej ze sprzedażą, a także źródeł pozyskiwania surowców.

W wyroku z dnia 15 marca 2012 r., II SA/Wa 128/12, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zwrócił uwagę, że „(...) informacja techniczna obejmuje całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez przedsiębiorcę, związanych z cyklem produkcyjnym, natomiast informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy sposobów wytwarzania formuł chemicznych, wzorów i metod działania.”. Informacja ma charakter technologiczny, gdy dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Inne informacje posiadające wartość gospodarczą ta również informacje handlowe oraz dotyczące sfery organizacji i funkcjonowania przedsiębiorstwa obejmujące całokształt doświadczeń i wiedzy przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związane bezpośrednio z

wytwarzaniem określonych dóbr. Wartość gospodarczą posiadają również informacje, których rozposzczernienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa uznać należy również wszelkie inne informacje, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy na rynku świadczonych usług, dostaw lub robót budowlanych.

Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód lub prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja będzie stanowić „tajemnicę przedsiębiorstwa”, gdy przedsiębiorca wyraża wolę w sposób wyraźnie rozpoznawalny dla osób zainteresowanych jej posiadaniem, by pozostała ona tajemnicą dla określonych odbiorców. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje zawarte w czasopismach, przedstawiane na konferencjach i sympozjach, a także informacje zawarte w złożonych przez wykonawców dokumentach powszechnie dostępnych (sprawozdanie finansowe, aktualny odpis z właściwego rejestru, świadectwa rejestracji, świadectwa dopuszczenia produktu do obrotu).

Za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także gdy podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób, które ze względu na swój zawód lub prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Ciężar podjęcia odpowiednich działań w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy, spoczywa na przedsiębiorcy. Konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku zapewnienia poufności informacji lub powiadomienia zainteresowanej osoby, o tym, że przekazana mu wiado-

mość jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, obciążają przedsiębiorcę.

Decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze ujawniona do wiadomości publicznej, a jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle danej branży lub zawodu.

Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia będzie stanowić informacje o niewątpliwej wartości dla firmy informatycznej, biorąc pod uwagę sytuację na rynku pracy w branży informatycznej i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu. Informacje te należy brać pod uwagę jako całość, co oznacza, że jawność dokumentów potwierdzających wymagane uprawnienia niweczyłaby zastrzeżenie poufności wykazu osób. W wyroku z dnia 13 maja 2010 r., KIO 667/10, uznano, że „(...) podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, która przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupowania”. Nie budzi wątpliwości, że tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto, Wykaz ten daje wiedzę, co struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca. Na jego podstawie można bowiem ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot)”.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 30 lipca 2010 r., KIO/UZP 1498/10, w którym uznano, że „informacje zawarte w wykazie osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz w polisie odpowiedzialności cywilnej, zastrzeżone w ofercie przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa wypełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, dane zawarte w tych dokumentach stanowią wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzy-

stana ze szkodą dla przystępującego. W szczególności Krajowa Izba Odwoławcza dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego, iż często zdarza się, że osoby współpracujące z danym wykonawcą są „przejmowane” przez firmy konkurencyjne, co wpływa negatywnie na organizację danego przedsiębiorstwa.

W wyroku z dnia 14 maja 2013 r., KIO 908/13, również uznano, że „(...) informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez zamawiającego. Rynek informatyczny jest bowiem specyficznym rynkiem usług charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów. Tak więc informacje o konkretnych osobach, ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, a tym samym potencjale kadrowym danego wykonawcy mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają bowiem ludzie, gdyż na rynku tego rodzaju usług poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też Izba podzieliła w tym względzie stanowisko zamawiającego i przystępującego, uznając, iż informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy przykładowo mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności”.

W wyroku z dnia 18 stycznia 2018 r., KIO 55/18, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że informacje zawarte w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wykazie dotycząc projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób, które brały udział w realizacjach zamówień publicznych. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że informacje te są skutecznie chronione przed ujawnieniem. Chociażby ze względu na przepisy prawa budowlanego (jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do dzienników budowy nazwisk kierowników robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy) nie byłoby możliwe realne zachowanie takich danych w tajemnicy. Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że

osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m. in. organy kontrolne, na których działanie Przystępujący nie ma wpływu. Z tego względu z przyczyn od siebie niezależnych nie jest możliwe w pełni skuteczne zachowanie zastrzeżonych w ofercie informacji w tajemnicy. Niemożliwym jest zatem spełnienie warunku, że zastrzeżone informacje nie mogą być one ujawnione do wiadomości publicznej.

W wyroku z dnia 6 lutego 2017 r., KIO 102/17, KIO 110/17 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odtajnienie polisy ubezpieczeniowej jak i opinii bankowej są to dokumenty wymagane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu tak jak wykaz wykonanych usług czy też wykaz osób, które będą wykonywały zamówienie. Postanowienia SIWZ określają wymagania co do formy jak i treści tych dokumentów. Obowiązkiem wykonawcy jest przedłożenie tych dokumentów celem potwierdzenia zdolności wykonania przedmiotu zamówienia. Zasada jawności postępowania wymaga i gwarantuje wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu prawo konfrontowania złożonych dokumentów konkurentów do wymagań SIWZ. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej żądanie utajnienia dokumentu polisy ubezpieczeniowej oraz opinii bankowej, z powodu zawartych w nich informacji o zasadach współpracy jak i wynegocjowanych preferencyjnych stawkach, nie zasługują na uwzględnienie. Fakt zawarcia w tych dokumentach informacji, które mogą decydować o szczególnie uprzywilejowanych warunkach współpracy, nie może skutkować prawem do żądania utajnienia całego dokumentu, który jest wymaganym dokumentem w SIWZ.

Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest więc informacja dotycząca umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż takie informacje objęte są zasadą jawności i dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej (zob. wyrok z dnia 27 stycznia 2015 r., KIO 54/15).

### **Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa**

Do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest, aby wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. obowiązek wykaza-

nia przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia. Na wykonawcy, zastrzegającym taką informację, spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia (zob. wyrok z dnia 8 czerwca 2015 r., KIO 997/15).

W wyroku z dnia 4 lutego 2016 r., KIO 84/16, Krajowa Izba Odwoławcza nakazując odtajnienie koncepcji wykonawcy z uwagi na brak wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stwierdziła, że poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego, jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym przekazanych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej.

W sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę, zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, należy przede wszystkim poddać analizie sposób realizacji wykazywania (udowodniania) przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, że w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności.

W zakresie wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej

informacji, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 528/10, stwierdziła, że „wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania, które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami wskazującymi, iż powyższa informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona.”

Sytuacja, w której wykonawca w nie wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub wprowadzie takie „wykazanie” fizycznie przekazuje, jednak jego treść jest na tyle ogólnikowa, iż na ocenę zasadności stanowiska wykonawcy nie pozwala, powinna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne.

Zastrzeżone przez wykonawcę karty katalogowe (specyfikacje) produktów, w których podane są parametry techniczne, służą jedynie potwierdzeniu wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ, które były jawne i z tych względów nie stanowią wartości gospodarczej, niedostępnej innym wykonawcom. Samo podanie parametrów technicznych, które są zawarte w specyfikacjach technicznych produktów nie stanowi jeszcze ujawnienia wiedzy na temat działalności firmy, stosowanych technologii, materiałów czy rozwiązań technicznych, w szczególności w sytuacji, gdy parametry te potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ. Zauważyć także należy, że karty katalogowe produktów, jak i specyfikacje techniczne to dokumenty powszechnie dostępne, przeznaczone do nieograniczonego kręgu odbiorców. Bezzasadnym jest także objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa certyfikatów i deklaracji zgodności, które również są dokumentami powszechnie dostępnymi, o których treści można się z łatwością dowiedzieć (zob. wyrok z dnia 17 grudnia 2018 r., KIO 2498/18).

Niedopuszczalne jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców.

### **Obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa**

Na zamawiającym spoczywa obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a

następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie, informacji zawartych w ofercie wykonawcy. Zamawiający w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zbadać czy faktycznie wystąpiły podstawy objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę, lecz powinien żądać od wykonawcy wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (zob. wyrok z dnia 31 marca 2009 r., KIO/UZP/338/09).

W pierwszej kolejności koniecznym jest ustalenie czy zastrzeżona informacja jest informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą, która nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna 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.

W następnej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja

pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął on w celu zachowania poufności informacji. W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje niespełniające przesłanek uznania, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści takiej informacji. Niedopuszczalne jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców.

Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje nie ze względu na ich rodzaj, lecz tylko ze względu na zawartą w nich treść i tylko w zakresie, z którego ta treść bezpośrednio wynika.

### **Zawiadomienie wykonawcy o odtajnieniu zastrzeżonych informacji**

W uchwale z dnia 13 grudnia 2019 r., KIO/KU 76/19 Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do kwestii spornej, dotyczącej odpowiedzi na pytanie czy obowiązek zamawiającego w zakresie odtajnienia dokumentów, co do których w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wykazano zasadności zastrzeżenia ich



treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest zależny od sytuacji, kiedy w toku postępowania nie złożono wniosków o udostępnienie tych dokumentów. Zamawiający stanął bowiem na stanowisku, że wobec braku wniosku od uczestników postępowania w zakresie możliwości zapoznania się z treścią dokumentów, nie było konieczności dokonywania faktycznej czynności odtajnienia zastrzeżonych informacji, pomimo dokonania przez Zamawiającego oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jako nieprawidłowej.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko oraz argumentację prezentowaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że obowiązek zamawiającego do odtajnienia dokumentów w przypadku nieuwzględnienia uzasadnienia objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest uzależniony od złożenia przez Wykonawcę wniosku o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podzieliła również stanowisko wyrażone w uchwale z dnia 30 października 2018 r., KIO/KU 40/18, podkreślając, że kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym jest narzędziem do budowania zaufania do systemu zamówień publicznych (por. wyrok z dnia 20 marca 2017 r., KIO 2113/16). Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Wyjątkiem od powyższej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca zobowiązany jest zatem do wykazania, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest tu wystarczające, Wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. wyrok z 20 marca 2017 r., KIO 2113/16, KIO 2119/16 i wyrok z dnia 10 października 2017 r., KIO 2028/17).

Obowiązkiem zamawiającego jest każdorazowo w toku badania i oceny ofert dokonywać weryfikacji treści informacji, które stanowić mają tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przepisy ustawy Pzp wprost wskazują na nadrzędność zasady

jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wyjątki od tej zasady mogą mieć miejsce wyłącznie w ściśle określonych ustawą przypadkach i nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extentandae*. Wypełniając przesłanki wynikające z zasady jawności, wszelkie czynności podjęte przez zamawiającego w postępowaniu, muszą zostać zmaterializowane, uwiarygodnione, ujawnione przez zamawiającego oraz pozostawić konkretny ślad w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku negatywnej oceny złożonych zastrzeżeń zamawiający powinien zakomunikować wykonawcy, że uznał za nieskuteczne poczynione przez niego zastrzeżenie informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi mieć pewność co do tego jak zamawiający ocenił złożone przez niego zastrzeżenia. Pewność ta musi być poparta wiedzą, nie może być dorozumiana i nie może być oparta na przypuszczeniach lub przewidywaniach wykonawcy. Jest to istotne z punktu widzenia wykonawców, ponieważ ocena dotycząca skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi czynność zamawiającego w postępowaniu, na którą przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zawiadomienie wykonawców o wyniku dokonanej przez zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji, gwarantuje jednocześnie wykonawcom możliwość wniesienia środków ochrony prawnej i kontroli czynności dokonanych lub zaniechanych przez zamawiającego.

Zawiadomienie wykonawcy o uznaniu złożonych przez niego zastrzeżeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne powinna nastąpić niezależnie od okoliczności złożenia przez inne podmioty wniosku o udostępnienie treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oświadczeń lub dokumentów. Ustawodawca bowiem nie przewidział jako przesłanki warunkującej ujawnienie treści informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa złożenia przez uprawniony podmiot wniosku o udostępnienie tych informacji.



# Czym jest błąd w obliczeniu ceny

WYSTĄPIENIE BŁĘDU, O KTÓRYM MOWA W ART. 226 UST. 1 PKT 10 USTAWY PZP NALEŻY OCENIAĆ W KATEGORIACH OBIEKTYWNYCH, A WIĘC NIEZALEŻNYCH OD MOTYWÓW ZACHOWANIA WYKONAWCY PRZY KSZTAŁTOWANIU TREŚCI OFERTY.

Błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji (zob. uchwałę z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12).

W wyroku z dnia 1 października 2012 r., KIO 1516/12, 1994/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że błąd w obliczeniu ceny „to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego.

Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (zob. wyrok z dnia 11 maja 2011 r., KIO/UZP 910/11).

Błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta, z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację)

będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje (zob. wyrok z dnia 30 lipca 2010 r., KIO/UZP 1528/10).

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp będzie także zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności.

Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty (zob. z dnia 22 lutego 2021 r., KIO 272/21).

W celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać przyjęcie i zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT przez wykonawcę, w przypadku, gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie.

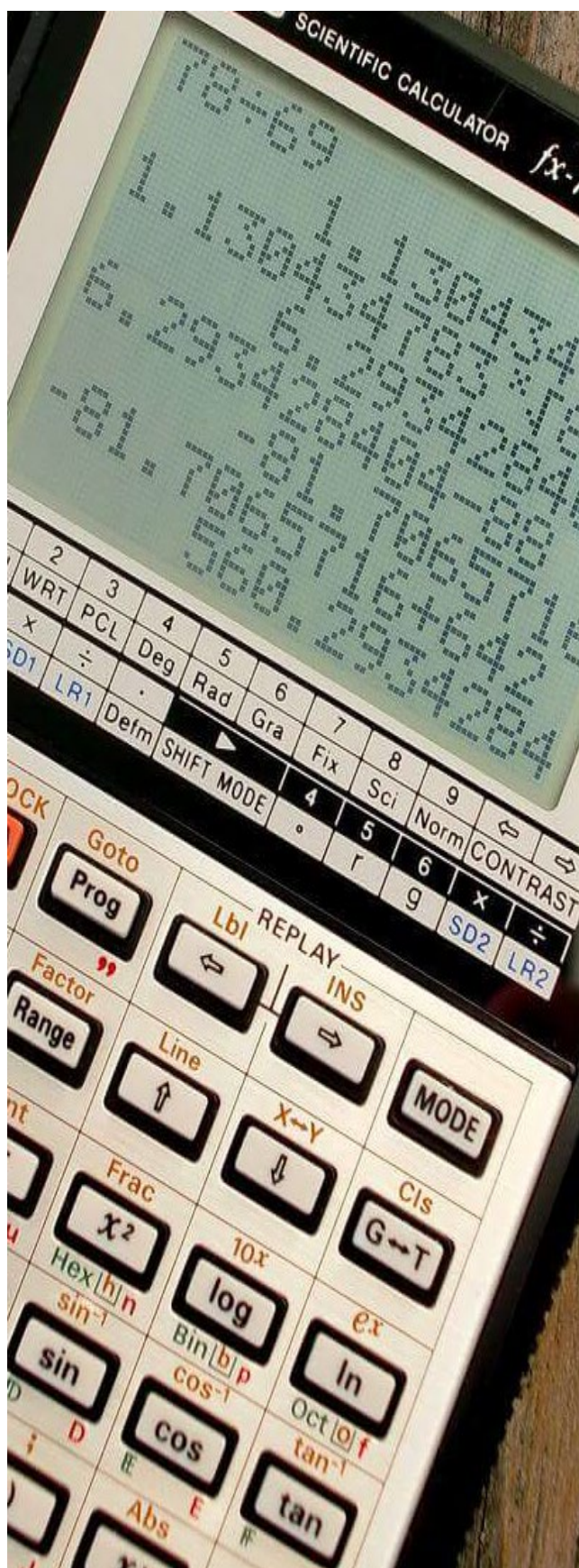
Jeżeli zamawiający w SWZ w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT wówczas badanie oferty w tym zakresie powinno sprowadzać się do poprawienia innej omyłki w ofercie (zob. wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r., KIO 760/21).

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, nie ma znaczenia czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę. Wystąpienia błędu w obliczeniu ceny nie uchyla nawet obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, niebędące elementem manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, lecz tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku (zob. wyrok z dnia 2 listopada 2015 r., KIO 2271/15).

Wystąpienie błędu, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od 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 pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.

W celu prawidłowego porównania cen ofert zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazanie zamawiającemu niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Przyjąć należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej.





# Oferta z najniższą ceną przekracza możliwości finansowe zamawiającego

WYKONAWCA NIE MOŻE DOMAGAĆ SIĘ OD ZAMAWIAJĄCEGO ZWIĘKSZENIA KWOTY, KTÓRĄ ZAMAWIAJĄCY ZAMIERZA PRZEZNACZYĆ NA SFINANSOWANIE ZAMÓWIENIA, DO CENY LUB KOSZTU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY.

## **Zwiększenie kwoty na sfinansowanie zamówienia leży w wyłącznej gestii zamawiającego**

Na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, 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. Przepis ten odpowiada nieobowiązującemu przepisowi art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp odnieść należy do kwoty, którą zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępni na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 222 ust. 4 ustawy Pzp).

Ponieważ art. 255 pkt 3 ustawy Pzp przewiduje możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, to ustawodawca decyzję w tym zakresie pozostawił wyłącznie zamawiającemu. Przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ani nie umożliwia wykonawcy badania rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego. Pogląd taki jest ugruntowany w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyroki z dnia 14 marca 2014 r., KIO 392/14, z dnia 5

listopada 2015 r. KIO 2300/15, z dnia 16 sierpnia 2016 r. KIO 1384/16, KIO 1401/16, KIO 1402/16, KIO 104/16 i KIO 1413/16).

Zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia 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. Decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający podejmuje w pewnych, określonych warunkach rynkowych i w granicach wyznaczonych przez siebie możliwości finansowych do jakich realizacja danego zamówienia publicznego jest dla niego opłacalna. Zamawiający ma zatem pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. A *contario*, zamawiający nie jest obowiązany do podjęcia jakichkolwiek działań celem zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Ponieważ zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, leży w wyłącznej gestii zamawiającego, to odmowa zwiększenia tej kwoty nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń. Wykonawca nie może domagać się od zamawiającego zwiększenia kwoty,

którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający nie ma również obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że złożono inne oferty, które mieszczą się w budżecie zamawiającego.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe również ze względu na zmniejszenie się kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jeżeli zmniejszenie to wynika z okoliczności nieprzewidywanych i niezależnych od zamawiającego, które zaistniały po otwarciu ofert (por. wyrok z dnia 8 października 2010 r., KIO/UZP 2091/10).

Unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego lub trybie podstawowym, na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, nie jest wyjątkową sytuacją niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć i nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

### **Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i prawo opcji**

Jeżeli zamówienie przewiduje prawo opcji, w przypadku unieważnienia postępowania, na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dotyczy wyłącznie środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może, ale nie musi być realizowany w ramach prawa opcji.

Wartość prawa opcji powinna być zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp wzięta pod uwagę przy szacowaniu wartości zamówienia, ale z uwagi na fakt, że opcja nie jest zobowiązaniem zamawiającego, nie jest uwzględniana w kwocie, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie musi posiadać środków na wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zamówienia określonego w opcji. Sfinansowanie zamówienia podstawowego ze środków przeznaczonych na realizację opcji oznaczałoby po

stronie zamawiającego brak możliwości zapłaty za zamówienie opcjonalne.

Kwestia ta została przedstawiona w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych z 2014 r.: *Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji*, zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 6/2014, w której stwierdzono, że „w celu wyjaśnienia wzajemnej relacji przepisów art. 86 ust. 3 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w kontekście powyższego zagadnienia, uzasadnione jest przyjęcie wykładni, zgodnie z którą podawana do publicznej wiadomości przy otwarciu ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna odnosić się wyłącznie do wartości tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może być realizowany w ramach prawa opcji. Tylko podawana przez zamawiającego kwota zamówienia gwarantowanego będzie zatem punktem odniesienia do ewentualnego zastosowania przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (...)”

Celem zastosowania instytucji prawa opcji nie jest zobowiązanie zamawiającego do wydatkowania w przyszłości środków przeznaczonych na opcję, poprzez zamrożenie w jego budżecie kwot przeznaczonych na ten cel, ale stworzenie możliwości udzielenia w przyszłości zamówienia publicznego w szerszym, przewidzianym w umowie zakresie, przy uwzględnieniu okoliczności, że będzie to nadal zgodne z jego potrzebami, jak i możliwością poniesienia wydatków na sfinansowanie zakresu zamówienia objętego opcją. Zamawiający ma bowiem wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek spełnienia świadczenia wyłącznie co do gwarantowanego zakresu określonego w jej treści, stąd też zabezpieczenie środków finansowych w zakresie realizacji zamówienia gwarantowanego jest bezwzględne, a jego rozszerzenie na zamówienie objęte prawem opcji jest jedynie hipotetyczne (...) Zatem w sytuacji, w której cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia gwarantowanego, zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp”.



# Wadium w zamówieniach publicznych

„BEZWARUNKOWY” CHARAKTER JEGO ODPOWIEDZIALNOŚCI WYŁĄCZA MOŻLIWOŚĆ JEJ UZALEŻNIENIA OD WARUNKU, A „NIEODWOŁALNOŚĆ” W POŁĄCZENIU Z UZGODNIENIEM TERMINU WAŻNOŚCI STABILIZUJE STOSUNEK GWARANCJI.

## Funkcja wadium

Wadium jest formą zabezpieczenia interesu prawnego zamawiającego, w związku z zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (wzmocnienie obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza).

Wadium zabezpiecza przed odmową zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, niewniesienia przez tego wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności stanowiących podstawę zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

W trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający nie żąda wadium.

Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. W trybie przetargu nieograniczonego zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia, a w trybie pod-

stawowym w wysokości nie większej niż 1,5% wartości zamówienia.

Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. W takim przypadku zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% (przetarg nieograniczony) lub 1,5% (tryb podstawowy) wartości zamówienia.

## Wniesienie wadium

Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Jeżeli wadium wnosi się w pieniądzu, sformułowanie „wadium wnosi się” oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Przy wniesieniu wadium liczy się nie data, ale konkretna chwila (godzina, minuta) uznania rachunku bankowego wskazanego przez zamawiającego. Dopiero z momentem dokonania czynności zaksięgowania kwoty wadium na rachunku bankowym wskazanym przez zamawiającego następuje uznanie jego rachunku, a zatem właściwa wpłata (wniesienie) kwoty wadium.

W wyroku z dnia 11 czerwca 2014 r., KIO 1073/14; KIO 1088/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że wykonawca dokonując wpłaty wadium na rachunek

bankowy zamawiającego, obowiązany był dokonać przelewu w takiej dacie, aby kwota wadium znalazła się na koncie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Każdy wykonawca, jako profesjonalista, powinien przewidzieć możliwość wystąpienia różnego rodzaju opóźnień i to nie tylko wynikających z regulaminu banku, ale również np. z powodu awarii systemu komputerowego banku, braku łączności internetowej, itp., które powodują, że od daty złożenia dyspozycji dokonania przelewu do terminu jego fizycznej realizacji upływa określony okres czasu i to niejednokrotnie dłuższy, niż winno to wynikać z normalnego funkcjonowania systemów bankowych. Dla istoty wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert nie mają bowiem znaczenia przeszkody, jakie napotkał zamawiający w spełnieniu tego wymogu. Termin na wniesienie wadium jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wykonawca ponosi wszelkie ryzyko związane ze skutecznym wniesieniem wadium. Za prawidłowe wniesienie wadium uznaje się wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp, ale również w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie uzyskanie kwoty wadium) w przypadku zaistnienia przesłanek jego zatrzymania określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Żaden przepis prawa zamówień publicznych nie wymaga wniesienia wadium przez wykonawcę.

W wyroku z dnia 19 października 2011 r., KIO 2166/11, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że użyte w art. 45 ust. 1 Pzp2004 sformułowanie: „Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium (...)” nie oznacza obowiązku wniesienia go wyłącznie przez wykonawcę. Taka interpretacja art. 45 ust. 1 Pzp wykluczałaby możliwość wniesienia wadium w formach, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp2004. Wadium może zatem wnieść podmiot nie będący wykonawcą.

W wyroku z dnia 2 marca 2009 r., KIO/UZP 190/09, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykonawca może złożyć gwarancję bankową lub ubezpieczeniową, wystawioną przez podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Przepisy Pzp przewidują zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wyboru formy wadium dokonuje wykonawca. Wykonawca może wnieść

wadium w jednej lub kilku formach przewidzianych w art. 97 ust. 7 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 17 października 2013 r., KIO 2362/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Wadium nie może być wniesione w szczególności w papierach wartościowych – akcjach, obligacjach, czekach czy innych. Nie może także wykonawca dokonać potrącenia istniejącej wierzytelności względem zamawiającego, gdyż ustawa Pzp2004 takiej możliwości (wniesienia wadium wskutek potrącenia) nie przewiduje. Wadium jest bowiem szczególną formą zabezpieczenia, do którego nie mogą mieć zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o potrąceniu (art. 498–505 k.c.). Wykonawca nie może więc wnieść skutecznie wadium, dokonując potrącenia własnej wierzytelności, wobec zamawiającego z wierzytelnością zamawiającego wobec wykonawcy dokonującego potrącenia.

Wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4 ustawy Pzp, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie tych gwarancji i poręczeń nie może być utrudnione. Gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa musi mieć zatem postać gwarancji bezwarunkowej, tj. gwarancji na pierwsze żądanie. Jeżeli gwarant uzależni zapłatę sumy gwarancyjnej od dokonania czynności sprawdzających, które mają wykazać zasadność żądania beneficjenta (zamawiającego), to takie żądanie nie odpowiadałoby wymogom co do jej bezwarunkowości.

Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 lub art. 388 pkt 2 lit. b i c, lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.

Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Wyjątek stanowią przypadki obligatoryjnego zwrotu wadium w przypadkach zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia (zob. art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp).

## **Odrzucenie oferty**

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

## **Warunek bezwarunkowości gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej**

Warunek bezwarunkowości gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej spełniony jest w przypadku, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, tj. w sytuacji, gdy wypłata kwoty wskazanej w gwarancji musi nastąpić na podstawie samego żądania wypłaty kwoty skierowanego przez zamawiającego do gwaranta. Gwarancja straciłaby przymiot bezwarunkowości w przypadku, gdyby żądanie zapłaty musiało być uzasadniane, a więc kiedy gwarant mógłby badać podstawy zasadności żądania zapłaty skierowanego przez zamawiającego do gwaranta.

Bank (gwarant) udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie”, „bezw warunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku, z którym gwarancja została wystawiona. W przedstawionym do rozstrzygnięcia zagadnieniu prawnym chodziło o umowę gwarancji opatrzoną klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie”.

Redagując tego rodzaju umowy gwarancyjne używa się przykładowo takich słów, jak: „Gwarantujemy bezwarunkowo (...)”, albo jeszcze precyzyjniej i dokładniej „gwarantujemy zapłacić bezwarunkowo na pierwsze żądanie (...) (beneficjenta), bez względu na jakiegokolwiek ewentualne sprzeciwy ze strony. (zleceńiodawcy gwarancji)” (zob. uchwałę z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93)

Wśród różnego rodzaju umów gwarancyjnych bankowych umowy gwarancyjne opatrzone wymienionymi klauzulami mają coraz częściej zastosowanie w praktyce. Łączy się to z rozwojem międzynarodowego obrotu handlowego, z potrzebą pozyskania przez

banki jak największej klienteli i większego wpływu środków pieniężnych. Umowy te stanowią pewien typ nadrzędności w stosunku do innych gwarancji bankowych. Uwzględniając to, że banki specjalizują się w działalności gwarancyjnej i są na ogół stroną lepiej zorientowaną w kształtowaniu warunków umowy, jak również dla zapobieżenia kształtowaniu niekorzystnych dla beneficjenta warunków umowy, wprowadzono omawiane klauzule.

Użycie w umowie klauzuli „na pierwsze żądanie” oznacza, że odpowiedzialność gwaranta ulega zaostreniu, ponieważ obciążający go obowiązek świadczenia powstaje z chwilą powiadomienia go o niewykonaniu zapłaty przez dłużnika.

„Bezw warunkowy” charakter jego odpowiedzialności wyłącza możliwość jej uzależnienia od warunku, a „nieodwołalność” w połączeniu z uzgodnieniem terminu ważności stabilizuje stosunek gwarancji. Sens tego rodzaju klauzul w umowie gwarancji bankowej polega m.in. na zabezpieczeniu beneficjenta nie tylko przed ryzykiem niewypłacalności jego kontrahenta, lecz także przed ryzykiem długotrwałego i trudnego dochodzenia swoich roszczeń.

Umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” ma taki sam charakter, jak omawiana wyżej gwarancja bez tych klauzul, z zastrzeżeniem, co do znaczenia wymienionych w niej klauzul. Jest więc ona umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje – odmiennie od innych rodzajów gwarancji – abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem.

Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym – nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. Zamawiający ma prawo określić w SWZ wymagania w zakresie treści gwarancji a wykonawca składający ofertę obowiązany był zabezpieczyć ofertę gwarancją wadium (w przypadku, gdy wybrał taką formę wniesienia wadium), której treść będzie zgodna z oczekiwaniami zamawiającego.

Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje – odmiennie od innych rodzajów gwarancji – abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Wynika z tego jednoznacznie, że klauzula bezwarunkowości musi być zawarta w gwarancji, aby spełniała swoje zadanie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Gwarancja wadialna zawierając w swej treści między innymi klauzulę bezwarunkowości realizuje cel owej gwarancji tj. eliminację ryzyka beneficjenta gwarancji uprawnionego do otrzymania zapłaty.

Wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie tych gwarancji i poręczeń nie może być utrudnione (por. wyroki z dnia 17 czerwca 2008 r., KIO/UZP 537/08 i z dnia 23 stycznia 2009 r., KIO/UZP 62/09).

Gwarancja wadialna (bankowa, ubezpieczeniowa) musi mieć zatem postać gwarancji bezwarunkowej, tj. gwarancji na pierwsze żądanie. Jeżeli gwarant uzależni zapłatę sumy gwarancyjnej od dokonania czynności sprawdzających, które mają wykazać zasadność żą-

dania beneficjenta (zamawiającego), to takie żądanie nie odpowiadałoby wymogom co do jej bezwarunkowości.

W wyroku z dnia 7 lipca 2014 r., KIO 1279/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykonawca prawidłowo zabezpieczył wadium, a „wynikające z treści gwarancji bankowej oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołanym zobowiązaniu banku do zapłaty na pierwsze żądanie Zamawiającego kwoty wadium, wypełnia istotę gwarancji bankowej, określanej jako bezwarunkowa”.

Warunek bezwarunkowości gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej spełniony jest w przypadku, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, tj. w sytuacji, gdy wypłata kwoty wskazanej w gwarancji musi nastąpić na podstawie samego żądania wypłaty kwoty skierowanego przez zamawiającego do gwaranta. Gwarancja straciłaby zatem przymiot bezwarunkowości w przypadku, gdyby żądanie zapłaty musiało być uzasadniane, a więc kiedy gwarant mógłby badać podstawy zasadności żądania zapłaty skierowanego przez zamawiającego do gwaranta.

W wyroku z dnia 17 listopada 2014 r., KIO 2291/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Użycie w umowie klauzuli „na pierwsze żądanie” oznacza, że odpo-



wiedzialność gwaranta ulega zaostreniu, ponieważ obciążający go obowiązek świadczenia powstaje z chwilą powiadomienia go o niewykonaniu zapłaty przez dłużnika.”

Naczelný Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 14 listopada 2014 r., II GSK 1606/13, LEX nr 1592048, uznał, że wymóg weryfikacji podpisów osób występujących w imieniu zamawiającego przez bank prowadzący rachunek, na który ma być dokonana zapłata z gwarancji wadialnej, jest wymogiem formalnym i nie podważa bezwarunkowego charakteru gwarancji.

W wyroku z dnia 14 maja 2009 r., KIO/UZP 570/09; KIO/UZP 571/09, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Powszechnie przyjęty jest pogląd, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa, gdy wypłata uzależniona jest od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, iż osoba, za którą bank udzielił gwarancji, nie wywiązała się z zobowiązań wobec beneficjenta, a wymóg pisemnego potwierdzenia okoliczności objętych treścią gwarancji należy traktować jako wyłącznie wymóg formalny pisemnego wezwania do zapłaty. Za naruszenie wymogu „bezwarunkowości” nie może być uznany wymóg weryfikacji podpisów osób występujących w imieniu zamawiającego, tzw. klauzula złożenia żądania zapłaty kwoty wadium do gwaranta banku za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek bankowy zamawiającego, który potwierdzi, że podpisy w oryginale widniejące na żądaniu zapłaty zostały złożone przez osoby uprawnione do reprezentowania zamawiającego. Klauzula ta (tzw. klauzula identyfikacyjna) jest jedynie formą weryfikacji osób zgłaszających roszczenie, która nie odbiera gwarancji cech bezwarunkowości, nieodwołalności i płatności na pierwsze żądanie. Zawarcie w treści gwarancji bankowej dodatkowej klauzuli identyfikacyjnej nie prowadzi zatem do utraty przez gwarancję bankową charakteru gwarancji bezwarunkowej. Klauzula identyfikacyjna nie uniemożliwia zamawiającemu dochodzenia żądania wypłaty kwoty objętej gwarancją ani też nie nakazuje uzasadniania dochodzonego roszczenia.

Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4 ustawy Pzp, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

W wyroku z dnia 7 lipca 2014 r., KIO 1279/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykonawca prawidłowo

zabezpieczył wadium, a „wynikające z treści gwarancji bankowej oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołanym zobowiązaniu banku do zapłaty na pierwsze żądanie Zamawiającego kwoty wadium, wypełnia istotę gwarancji bankowej, określanej jako bezwarunkowa”. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że kwestionowane postanowienia gwarancji w postaci klauzuli identyfikacyjnej nie wywierały w odniesieniu do ważności i skuteczności złożonego wadium żadnych skutków prawnych, a ich zamieszczenie w treści gwarancji bankowej nie wpłynęło na skuteczność wniesienia wadium.

### **Zwrot wadium**

Na podstawie art. 98 ust. 11 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

W przypadku zwrotu wadium po unieważnieniu postępowania zamawiający musi najpierw o unieważnieniu postępowania zawiadomić równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne, a następnie musi upłynąć termin na wniesienie odwołania wobec czynności unieważnienia postępowania. Dopiero gdy w tym terminie nie wpłynęło odwołanie, zamawiający niezwłocznie zwraca wadium. Jeżeli w terminie na wniesienie odwołania wobec czynności unieważnienia postępowania zostanie wniesione odwołanie, zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, gdy odwołanie zostało rozstrzygnięte (rozstrzygnięcie odwołania, które nie podważa czynności unieważnienia postępowania).

Na podstawie art. 98 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) którego oferta została odrzucona;

- 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX.

Zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę. Zamawiający nie ma natomiast obowiązku przechowywania wadium na oprocentowanym rachunku bankowym. Zwrot wadium wniesionego w innej formie niż w pieniądzu następuje poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 ustawy Pzp).

### **Zatrzymanie wadium**

Podstawy zatrzymania wadium zostały określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Przestanki zatrzymania wadium zawarte w zamkniętym katalogu ustalonym w art. 46 ust. 5 Pzp mają charakter *iuris cogentis* oraz są przepisami sankcyjnymi. Zatrzymanie wadium jest bezterminowe.

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

mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Treść art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp odpowiada treści przepisu art. 46 ust. 4a Pzp2004. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym przeważa stanowisko, że zastosowanie art. 46 ust. 4a Pzp2004 (art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp) nie może spowodować powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawcy, w sytuacji, gdy np. dołożyli oni należytej staranności w uzyskaniu podmiotowych środków dowodowych, złożyli je i mimo to środki te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W wyroku z dnia 18 grudnia 2020 r., KIO 3141/20 skład orzekający uznał, że podstawą zatrzymania wadium nie mogło być złożenie przez Odwołującego dokumentów żądanych przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy Odwołujący nie wykazał, że zaoferowane materiały równoważne spełniają określone przez Zamawiającego wymagania.

W wyroku z dnia 20 stycznia 2021 r., KIO 3300/20 uznano natomiast, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp2004 powinno mieć miejsce wyjątkowo, w ściśle określonych okolicznościach, po sprawdzeniu przyczyn zaistniałej sytuacji oraz po ocenie intencji wykonawcy. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej należy mieć na względzie przede wszystkim cel, w jakim przepis ten został do ustawy wprowadzony, czyli zapobieganie znikom wykonawców. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 9 lutego 2021 r., KIO 181/21.

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

r., V CSK 531/12 i postanowieniu z dnia 1 marca 2018 r., I CSK 657/17).

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

Do zagadnienia zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp2004 odniósł się również Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 9 maja 2012 r., P 47/11. Trybunał zwrócił uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że art. 46 ust. 4a Pzp2004 ma charakter restrykcyjny i wyjątkowy, ze względu na zawartą w nim dolegliwą sankcję finansową dla wykonawcy.

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

Trybunał zwrócił uwagę, że celem wprowadzenia art. 46 ust. 4a Pzp2004 było przeciwdziałanie zgomom wykonawców, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich nieuzupełnianiu bądź uzupełnianiu tylko przez tego wykonawcę, który – w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów – przedstawił nie najniższą cenę, ale zazwyczaj najwyższą. Pozostali uczestnicy zgomy mogliby wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie można spotkać się z bardziej rygorystycznym

stanowiskiem, zgodnie z którym za niezłożenie podmiotowych środków dowodowych należy również uznać złożenie podmiotowych środków dowodowych, z których nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 stycznia 2019 r., VI ACa 923/17 i z dnia 6 marca 2019 r., I ACa 257/18).

Na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego, ewentualnie takie działanie, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli rzeczywiście zostało złożone. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. W świetle art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Brak chęci podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego i odmowa w tym zakresie przez któregokolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wywołuje, zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, skutek dla wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym umowa w takim przypadku nie może być podpisana z przyczyn leżących po stronie «całego» wykonawcy” (wyrok z dnia 4 listopada 2014 r., KIO 2182/14).

Na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W takim przypadku, na podstawie art. 263, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 7 ustawy Pzp. Na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.


$$1+1=3$$

# Oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe

OCZYWISTĄ OMYŁKĘ RACHUNKOWĄ STANOWI BŁĄD W OBLICZENIACH POPEŁNIONY PRZEZ WYKONAWCĘ, KTÓRY DA SIĘ POPRAWIĆ WYŁĄCZNIE W JEDEN SPOSÓB, NIEBUDZĄCY ŻADNYCH WĄTPLIWOŚCI.

## Oczywiste omyłki pisarskie

Na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Poprawianie w ofercie omyłek, jest obowiązkiem zamawiającego.

Oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za „oczywiste” uznaje się wyłącznie takie omyłki, które są widoczne na pierwszy rzut oka, jednoznaczne. Za oczywistą omyłką pisarską uznaje się również omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty. Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej.

Za poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli.

Oczywista omyłka pisarska musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania.

Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów (zob. wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 11/09). Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej, dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian (zob. wyrok z dnia 26 listopada 2008 r., KIO/UZP 1326/08).

W wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1411/08 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „(...) wskazana przez wykonawcę data 30 czerwca (2008 r.) bez wątpienia, jeśli chodzi o dzień i miesiąc, mieściła się w granicach terminów określonych przez zamawiającego w specyfikacji, co wskazuje, iż wykonawca wpisując tę datę miał na uwadze wymagania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. O oczywistości omyłki pisarskiej polegającej na podaniu w formularzu

ofertowym roku 2008 zamiast 2009 świadczy treść oferty, złożonej przez wykonawcę. W szczególności oczywistość powyższa wynika z kontekstu pełnej treści oświadczenia zawartego w pkt 3 formularza ofertowego dotyczącego zaoferowanego terminu zakończenia realizacji zamówienia zawierającego oprócz błędnie podanej daty także zapis: „zakończenie realizacji nie może być wcześniejsze niż dzień 30 kwietnia 2009 r. i późniejsze niż dzień 15 września 2009 r.” O widocznej na pierwszy rzut oka niezamierzonej omyłce pisarskiej świadczy również treść, zawarta w paraflowanym przez odwołującego, projekcie umowy złożonym w ofercie, w którym wykonawca potwierdził określony termin realizacji zamówienia zgodny z wymaganiami SIWZ. Z uwagi na powyższe, należy uznać, że wykonawca składając ofertę i wskazując termin realizacji zamówienia – datę 30 czerwiec 2008 r. zamierzał wskazać rok 2009. W ocenie Izby, omyłka polegająca na wpisaniu w tym miejscu roku 2008 jest oczywistym błędem pisarskim, widocznym „na pierwszy rzut oka” dla każdego przeglądającego ofertę. Należy przy tym podkreślić, iż uznanie powyższej omyłki za oczywistą i podlegającą poprawieniu przez zamawiającego nie prowadzi do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia wykonawcy, wyrażonego w ofercie w odniesieniu do terminu realizacji zaoferowanego przez wykonawcę.”

W wyroku z dnia 15 kwietnia 2019 r., KIO 587/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oczywistą omyłką pisarską jest podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie. W tabeli elementów scalonych Odwołujący podał cenę oferty brutto rozbieżnie liczbą i słownie, wskazując, że łącznie cena oferty wyniesie 448 046,58 zł oraz podając słownie cenę ryczałtową oferty brutto: czterysta pięćdziesiąt cztery tysiące sto dziewięćdziesiąt sześć zł 58/100 gr. W formularzu ofertowym, na stronie 1, zawarł zaś zapis: cena naszej oferty za realizację całości niniejszego zamówienia wynosi: netto 369 265,51 zł, VAT w wysokości 84 931,07 zł, co stanowi łącznie kwotę 454 196,58 zł brutto (słownie brutto: czterysta pięćdziesiąt cztery tysiące sto dziewięćdziesiąt sześć złotych 58/100). Tabela elementów scalonych zawierała sześć pozycji (zakres robót) do wyceny, gdzie każdy z wykonawców był zobowiązany podać przy poszczególnym zakresie robót wartość netto bez VAT, wartość 23% VAT (stawka podatku VAT została wskazana przez Zamawiającego) oraz wartość brutto z VAT, a następnie zsumować wartość brutto z VAT, wpisując łącznie cenę oferty. Krajowa Izba Odwoławcza uznała,

że Zamawiający powinien wpierw zbadać czy wartość brutto z VAT (suma wartości netto oraz wartości VAT) w każdej pozycji jest prawidłowa. Dalej Zamawiający powinien zweryfikować czy suma sześciu pozycji dotyczących zakresu robót podanych przez Odwołującego w kolumnie tabeli pn. wartość brutto jest prawidłowa. Popętnione przez Odwołującego omyłki są możliwe do skorygowania bez prowadzenia wyjaśnień, bowiem istnieje oczywisty i jedyny możliwy arytmetyczny sposób wyliczenia oraz ustalenia prawidłowej ceny oferty w oparciu o znane Zamawiającemu dane.

Obowiązkiem Zamawiającego było więc poprawienie wartości brutto instruktażu (pozycja nr 6, stanowiąca sumę wartości netto, tj. 1.667,22 zł oraz wartości VAT, tj. 383,46 zł) z kwoty 2 050,67 zł na kwotę 2 050, 68 zł, a także poprawienie łącznie ceny oferty z kwoty 448 048,58 zł na kwotę 448 046,60 zł (stanowiącą sumę wartości brutto z VAT sześciu pozycji dotyczących zakresu robót, a wymienionych w tabeli elementów scalonych), a nie na kwotę wskazywaną przez Odwołującego. Równocześnie Zamawiający był zobowiązany zsumować prawidłowo kwoty wartości netto oraz wartości VAT podane w tabeli elementów scalonych i skorygować formularz ofertowy w pkt 1.2 poprzez poprawienie: wartości netto z kwoty 369 265,51 zł na kwotę 364 265,52 zł, wartości VAT z kwoty 84 931,07 zł na kwotę 83 781,08 zł, wartości brutto z kwoty 454 196, 58 zł na kwotę 448 046,60. Powyższe omyłki należy zakwalifikować jako oczywiste omyłki rachunkowe, gdyż można je ustalić podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz jednoznacznie stwierdzić.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w ofercie Odwołującego zaistniały również oczywiste omyłki pisarskie. Skoro zgodnie z tabelą elementów scalonych należało zsumować wartości brutto wszystkich sześciu pozycji dotyczących zakresu robót to słowną cenę ryczałtową oferty brutto należało poprawić jako oczywistą omyłkę pisarską, ponieważ oczywistą omyłką pisarską jest podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie. Zgodnie bowiem z treścią SIWZ ceną oferty jest kwota wymieniona w formularzu oferty, a wyliczona na podstawie tabeli elementów scalonych. Zatem wpierw należało zsumować kwoty z tabeli i kwota ta globalna (podana zarówno liczbowo, jak i słownie) winna zostać przepisana do formularza oferty (zarówno liczbowo, jak i słownie).

Oczywistą omyłką pisarską nie jest rozszerzenie nazwy przedmiotu oferty, ponieważ taka zmiana powodowałaby istotną zmianę w treści oferty.

Za oczywistą omyłkę pisarską można uznać omyłkę możliwą do poprawienia przez zamawiającego po spostrzeżeniu, że jest ona oczywista, bez potrzeby uprzedniego żądania wyjaśnień od wykonawcy na okoliczność, czy i jaka jest pomyłka, a ponadto, w jaki sposób należy ją poprawić.

### **Oczywiste omyłki rachunkowe**

Oczywista omyłka rachunkowa jest konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia obliczeń arytmetycznych. Oczywistą omyłkę rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, nie budzący żadnych wątpliwości (zob. Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej nr BDF1/4900/61/68/RN-19/11/O3).

Oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji. „W konsekwencji za błąd rachunkowy uznać należy omyłki w przedmiocie wszystkich działań arytmetycznych i sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 1967 r., II CZ 48/67). Wyjaśnienie pojęcia oczywistej pomyłki rachunkowej zostało również uwzględnione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2010 r. zgodnie z którym, Izba stwierdziła, że oczywista omyłka rachunkowa oznacza omyłkę powstałą wyłącznie w wyniku dokonywania rachunków (działań arytmetycznych).” (zob. wyrok z dnia 30 listopada 2011 r., KIO 2463/11).

Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji (zob. wyrok z dnia 21 stycznia 2009 r., KIO/UZP 20/09). Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości (zob. wyrok z dnia 23 stycznia 2009 r., KIO UZP 62/09).

W wyroku z dnia 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 133/09 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Brak prawidłowego zaokrąglenia kwoty wartości podatku od

towarów i usług w trzech pozycjach oferty (...) stanowi oczywistą omyłkę rachunkową. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie podkreśla się, że omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego. Omyłki takiej dopuścić się (...), gdyż zgodnie z wynikającymi z przepisów i powszechnie przyjętymi zasadami, w okolicznościach sprawy, zaokrąglenie wartości podatku winno nastąpić do pełnej dziesiątki („w górę”). Popelniona omyłka ma charakter oczywisty, gdyż została stwierdzona samodzielnie przez Zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy.”.

W uchwale z dnia 12 stycznia 2011 r., KIO/KD 2/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że „Przez „omyłkę rachunkową w obliczaniu ceny” należy rozumieć omyłkę w przeprowadzaniu rachunków na liczbach. Omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny, przy czym musi mieć ona charakter oczywisty. Jeżeli charakter omyłki i okoliczności jej popełnienia wskazują, iż każdy racjonalnie działający wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej (poprawnej) treści, można uznać, iż omyłka ma charakter „oczywisty”. Poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki rachunkowej w obliczaniu ceny jest obligatoryjne („zamawiający poprawia”)

W wyroku z dnia 13 sierpnia 2020 r., KIO 1313/20 uznano, że aby dokonać poprawy oczywistej omyłki rachunkowej zamawiający powinien mieć wszelkie informacje umożliwiające jednoznaczne ustalenie faktu, że w sposób błędny przeprowadzono w ofercie działanie matematyczne, a prawidłowe obliczenia doprowadzą do ustalenia prawidłowej ceny oferty.

Z oczywistą omyłką rachunkową mamy do czynienia wtedy, kiedy dochodzi do błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Jest to omyłka o charakterze matematycznym, sprowadzająca się do błędu w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych. Aby możliwe było jej poprawienie, musi istnieć możliwość prześledzenia przebiegu działania matematycznego i stwierdzenie błędu w jego wykonaniu (zob. wyrok z dnia 11 grudnia 2018 r., KIO 1287/18, KIO 290/18, KIO 1297/18, KIO 1301/18).



# Specyfika zamówienia z wolnej ręki

UDZIELANIE ZAMÓWIENIA PO NEGOCJACJACH TYLKO Z JEDNYM WYKONAWCĄ POWODUJE,  
ŻE TRYB TEN POZOSTAJE W SPRZECZNOŚCI Z ZASADAMI UCZCIWEJ KONKURENCJI  
I RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW.

## **Tryb negocjacyjny, bez oferty, wadium i SWZ**

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym. Zamawiający może skorzystać z niego w ściśle określonych przypadkach. Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zostały określone w przepisach art. 214 ust. 1, art. 388 pkt 2 i art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i mają charakter katalogu zamkniętego.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. W trybie zamówienia z wolnej ręki postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzi się w celu wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie dochodzi do porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich. Udzielanie zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą powoduje, że tryb ten pozostaje w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W trybie zamówienia z wolnej ręki zawarcie umowy nie następuje w drodze złożenia i przyjęcia oferty, tylko wówczas, gdy strony prowadzące negocjacje wynegocjują postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli strony nie dojdą do poro-

zumienia co do treści postanowień umowy, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 8 ustawy Pzp.

W trybie zamówienia z wolnej ręki nie składa się oferty, nie wnosi się wadium i nie sporządza się specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). Zamawiający może natomiast żądać wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie kończy się z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania (art. 154 i art. 255 pkt 8 ustawy Pzp).

Zamawiający publiczny może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku, gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

## **Podstawy udzielania zamówienia z wolnej ręki**

### **Zamówienia klasyczne**

W przypadku zamówień klasycznych, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, udzielanych przez zamawiających publicznych, podstawy udzielania zamówienia z wolnej ręki zostały określone w art. 214 ust. 1–8 ustawy Pzp.

### **Zamówienia sektorowe**

W przypadku zamówień sektorowych, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, udzielanych przez zamawiających sektorowych, podstawy udzielania zamówienia z wolnej ręki zostały określone w art. 388 ustawy Pzp.

### **Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa**

W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, udzielanych przez zamawiających publicznych oraz zamawiających sektorowych, podstawy udzielania zamówienia z wolnej ręki zostały określone w art. 415 ustawy Pzp.

### **Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu**

Wybór trybu zamówienia z wolnej ręki jest poprzedzony sporządzeniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, które stanowi podstawę dla kierownika zamawiającego podjęcia decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki.

### **Wszczęcie postępowania**

W przypadku zamówienia z wolnej ręki zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie zaproszenia do negocjacji (art. 130 pkt 2 ustawy Pzp). Zamawiający może przekazać zaproszenie do negocjacji przy użyciu poczty elektronicznej.

Zamawiający, wraz z zaproszeniem do negocjacji, musi przekazać wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 217 ust. 1 ustawy Pzp).

### **Sposób prowadzenia negocjacji**

W postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki komunikacja odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 61 ust. 1 ustawy Pzp) oraz ustnie (art. 61 ust. 1 ustawy Pzp).

Negocjacje ustne to również negocjacje prowadzone z wykorzystaniem telefonu, komunikatorów internet-

towych lub platform do wideokonferencji. W toku negocjacji zamawiający i wykonawca mogą przekazywać dokumenty związane z prowadzonymi negocjacjami (inne niż podmiotowe lub przedmiotowe środki dowodowe), odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym również przy użyciu poczty elektronicznej.

### **Jakie przepisy należy zastosować w 2022 r. w przypadku, gdy zamawiający przewidział w 2020 r. zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 i zamierza udzielać tych zamówień w 2022 r.?**

Przepisy ustawy Pzp mają zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych od dnia 1 stycznia 2021 r., w tym także do postępowań wszczętych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7, art. 388 pkt 2 lit. c lub art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp2004.

Jeżeli zamawiający w 2020 r. przewidział w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 Pzp2004, to będzie udzielać tych zamówień, po warunkiem, że zostaną spełnione przesłanki do ich udzielenia określone w art. 214 ust. 1 pkt 7 (zamówienia klasyczne) oraz art. 388 pkt 2 lit. c (zamówienia sektorowe) lub art. 415 ust. 2 pkt 6 (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) ustawy Pzp.

Warto jednak zauważyć, że w przypadku, gdy oszacowana wartość np. zamówienia, o którym mowa np. w art. art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zamawiający publiczni, zamówienia klasyczne) będzie mniejsza niż 130 000 zł, do udzielenia takiego zamówienia zamawiający nie stosuje przepisów ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przepisy tej ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych.

W takim przypadku zamawiający może powierzyć udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykonawcy zamówienia podstawowego lub każdemu innemu wykonawcy.

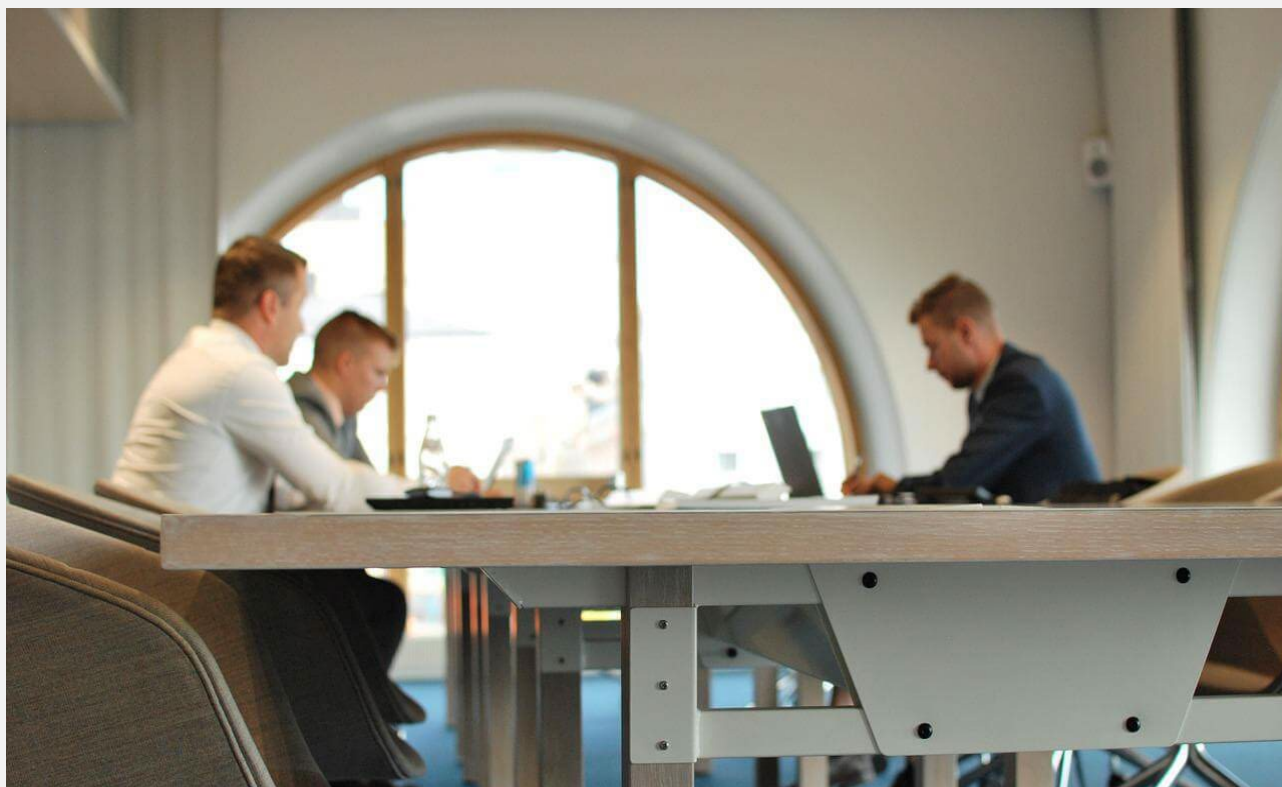
## **Odstąpienie od stosowania niektórych przepisów**

Na podstawie art. 215 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może odstąpić od stosowania przepisów art. 53–55, art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 217 ust. 1 w przypadku zamówień udzielonych na podstawie art. 214 ust. 1:

- 1) **pkt 1 lit. b** (udzielanie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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);
- 2) **pkt 2** (udzielanie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej);
- 3) **pkt 4** (udzielanie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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 konkurso-

wej);

- 4) **pkt 5** (ze względu na wyjątkową sytuację nie-wynikającą 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), w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach;
- 5) **pkt 9** (udzielanie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu albo postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym);
- 6) **pkt 10** (udzielanie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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 2022 r. poz. 170 i 1488), 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);*

- 7) **pkt 1 lit. a** (udzielanie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia), których przedmiotem są: dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej, dostawy gazu z sieci gazowej, dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej lub usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.

### **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 ten 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.

Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub trybie podstawowym nie zostały złożone żadne oferty, a zamawiający wymagał odbycia wizji lokalnej, to w przypadku udzielania zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp niewyrażenie zgody na odbycie wizji lokalnej, na wniosek wykonawcy zaproszonego do negocjacji lub odstąpienie od odbycia wizji lokalnej, będzie zmianą istotną pierwotnych warunków zamówienia (zmianą niedopuszczalną).

### **Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy**

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało uregulowane w:

- 1) art. 213 ust. 2 ustawy Pzp (w przypadku postępowania o wartości równej lub przekraczającej progi unijne),
- 2) art. 306 ust. 1 ustawy Pzp (w przypadku postępowania o wartości mniejszej niż progi unijne),
- 3) art. 216 ustawy Pzp (w przypadku udzielania zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ustawy Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2).

W postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Wyjątek stanowi postępowania o udzielenie udzielania zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ustawy Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2, w którym zamawiający jest obowiązany zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia (art. 213 ust. 2 Pzp).

W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, zamawiający, po wszczęciu postępowania, może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Na podstawie art. 216 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ustawy Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ustawy Pzp nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 216 ust. 1 ustawy Pzp (art. 216 ust. 2 ustawy Pzp).

Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania, niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 (art. 216 ust. 3 ustawy Pzp).

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny. Wyjątek stanowi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ustawy Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Celem upublicznienia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest uniknięcie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp m. in. udzielił zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie natomiast z art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli w przypadku określonym w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą Pzp, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Znaczenie normatywne przepisów art. 457 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest takie, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie podlegała unieważnieniu nawet w sytuacji, gdy zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki wbrew podstawom określonym w ustawie Pzp, o ile uprzednio zamawiający ten skorzystał z możliwości zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

skiej, umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą Pzp (pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, że udzielił zamówienia z wolnej ręki zgodnie z przepisami ustawy Pzp).

Przepis art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest spójny z art. 515 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Przepis art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określa bowiem termin wstrzymania się przez zamawiającego z zawarciem umowy i jest to odpowiednio 5 dni dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne i 10 dni dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne, liczonych od dnia odpowiednio zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W tych też terminach, zgodnie z art. 515 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia odwołań.

### **Składanie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz podmiotowych środków dowodowych**

W postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawca składa oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oraz podmiotowe środki dowodowe nie później niż wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 217 ust. 2 ustawy Pzp).

Na podstawie art. 217 ust. 3 ustawy Pzp, w postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zamawiający może odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 306 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne, zamawiający może odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowych środków dowodowych.

Na podstawie § 2 ust. 1 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 przypadkach, o których mowa w art. 217 ust. 3 lub art. 306 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający, nie żądał od wykonawcy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, jako podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
- c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
- d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- e) art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1170, z późn. zm.),
- f) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,
- g) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp,
- h) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,
- i) art. 109 ust. 1 pkt 5–10 ustawy Pzp.

### **Zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki**

Na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach

zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

Na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest dopuszczalna, gdy została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W trybie zamówienia z wolnej ręki nie występuje ogłoszenie o zamówieniu, sporządza się natomiast dokument zamówienia, którym jest zaproszenie do negocjacji. Na podstawie art. 217 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, wraz z zaproszeniem do negocjacji, przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający przewiduje zmiany umowy w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Zmiany te nie mogą modyfikować ogólnego charakteru umowy oraz naruszać podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W przypadku umów zawartych po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, możliwość zmiany umowy należy zatem oceniać z uwzględnieniem podstaw wyboru tego trybu udzielenia zamówienia.

Przed dokonaniem zmiany umowy zamawiający powinien ustalić, czy zamierzona zmiana treści umowy nie spowoduje naruszenia podstaw wyboru tego trybu udzielenia zamówienia.

Jeżeli podstawą wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki był art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, zamawiający powinien ocenić czy po dokonaniu zmiany umowy nadal zamówienie to może być wykonane tylko i wyłącznie przez wykonawcę, z którym zawarto umowę (np. czy usługi mogą być świadczone tylko przez tego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze i nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia).

# Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?



## MAŁGORZATA WIŚNIEWSKA

Specjalista zamówień publicznych w jednostce sektora administracji rządowej, wykładowca na studiach podyplomowych z zamówień publicznych

Na pytanie jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych, można by odpowiedzieć w myśl przysłowia „ucz się ucz, bo nauka to potęgi klucz”. Tylko jak to się uczyć, aby się wyspecjalizować i być ekspertem w tym zakresie?

W temacie zamówień publicznych, sama wiedza nabyta na podstawie przepisów prawa, rozcztywaniu literatury fachowej, opinii Urzędu Zamówień Publicznych, komentarzy do ustawy – Prawo zamówień publicznych, czy nawet orzecznictwa, w mojej ocenie nie jest wystarczająca, aby stać się ekspertem w tym zakresie. Oczywiście ugruntowana wiedza jest fundamentem ścieżki doskonalenia się w zamówieniach publicznych, jednak to stanowczo za mało.

Praktyka czyni mistrza – to po pierwsze. Przygotowując i prowadząc postępowania przetargowe uczymy się jak stosować przepisy w praktyce. Przepisy dotyczące zamówień publicznych nie należą do łatwych i oczywistych w stosowaniu. Świadczy o tym m.in.: liczba odwołań na czynności zamawiającego po stronie wykonawców, niejednolita linia orzecnicza, jak również liczne opinie Urzędu Zamówień Publicznych o stosowaniu przepisów czy chociażby komentarz do ustawy Pzp wydany w maju 2021 r. przez Urzędu Zamówień Publicznych liczący blisko 1 500 stron.

Stosowanie prawa w praktyce weryfikuje naszą wiedzę i niejako pociąga za sobą konieczność głębszej

analizy przepisów. Pojawiające się wątpliwości przy interpretacji przepisów, w konkretnym stanie faktycznym skłaniają nas do szukania podpowiedzi na różne sposoby. Poczynając od analizy przepisów ustawy Pzp, rozporządzeń, dyrektyw unijnych przez komentarze do ustawy, opinie Urzędu Zamówień Publicznych, artykuły i publikacje branżowe po orzecznictwo. Zdarza się, że w postępowaniu mamy odwołanie, wówczas jeszcze bardziej wnikliwie analizujemy przepisy a zwłaszcza orzecznictwo, weryfikując tym samym prawidłowość podjętej czynności.

Poza wymienionymi sposobami na zdobycie wiedzy, drugą bardzo ważną sprawą w drodze do stania się ekspertem w zamówieniach publicznych jest korzystanie z doświadczenia osób zajmujących się zamówieniami. Dobrze móc z kimś porozmawiać, wymienić poglądy, skorzystać z doświadczenia takiej osoby. Czasami mały problem urasta do rangi wielkiego, podczas gdy przedyskutowanie tematu, omówienie możliwych rozwiązań w szybszy sposób pomoże go rozwiązać.

Praca w większym zespole osób zajmujących się zamówieniami jest komfortem dla początkujących, którzy pod okiem doświadczonych pracowników nabywają doświadczenie. Warte uwagi są szkolenia czy wykłady, w których prowadzący nie stronią od zadawania pytań przez uczestników jak również do-

puszczają możliwość konsultacji po zajęciach. Są takie na rynku, warto poszukać, wziąć udział i się przekonać. Specjaliści w zakresie prawa zamówień publicznych mają zazwyczaj duże doświadczenie zawodowe. Są pragmatykami nie tylko teoretykami. Znają dobrze przepisy i linię orzecniczą. Warto wysłuchać zdania eksperta, wymienić poglądy i być może zweryfikować własne stanowisko w sprawie. Oczywiście ciężar odpowiedzialności za podjęcie decyzji w postępowaniu przetargowym leży na zamawiającym/wykonawcy, jednak taka konsultacja może przyczynić się do podjęcia słusznej decyzji.

Kolejną, trzecią wskazówką, aby stać się ekspertem w zamówieniach publicznych jest dobra współpraca z wszystkimi osobami uczestniczącymi w procesie udzielania zamówień publicznych i wyciąganie wniosków na przyszłość. Począwszy od osób przygotowujących postępowanie (np. opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert) przez osoby prowadzące postępowanie, po wykonawców realizujących umowę oraz osoby odpowiedzialne za nadzór nad realizacją umowy po stronie zamawiającego. Ważne jest wsłuchiwanie się w ich potrzeby i uwagi oraz odpowiednie wykorzystanie zebranych informacji w przygotowaniu się do kolejnego postępowania.

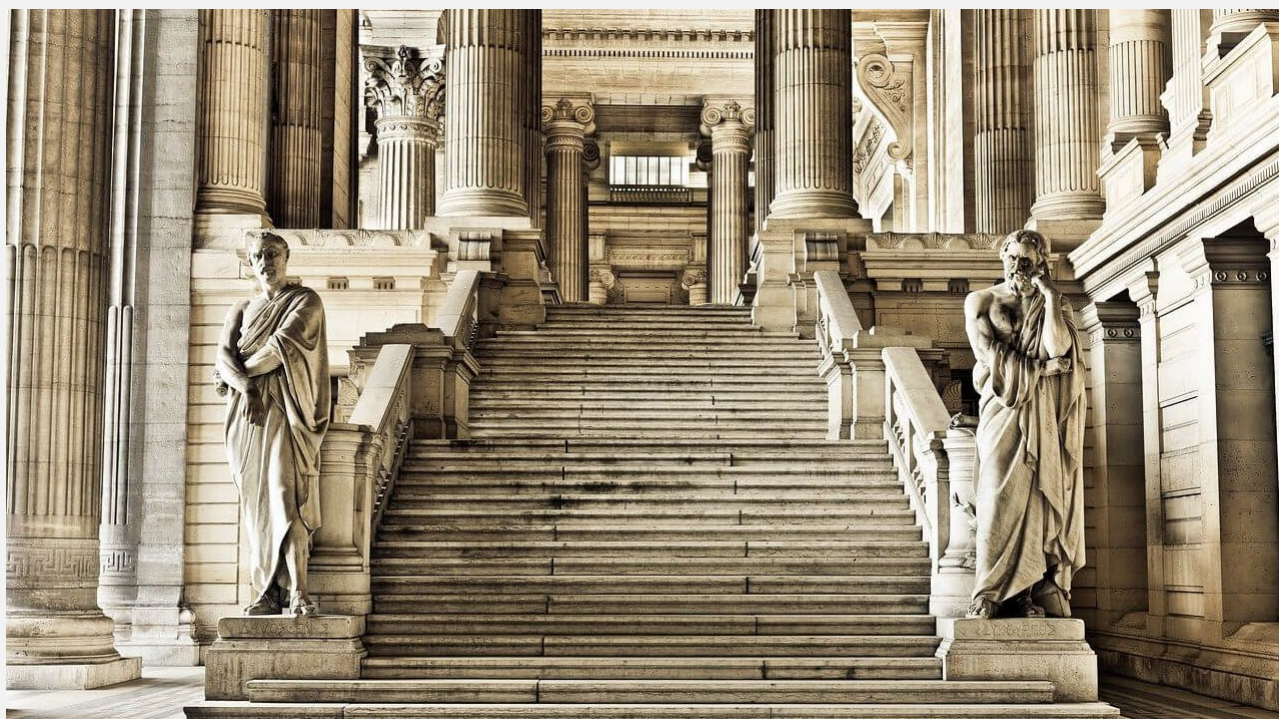
Dobre przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego daje wysokie prawdopodobieństwo jego powodzenia. Przykładowo, rzetelnie przygotowany opis przedmiotu zamówienia daje wykonawcom możliwość prawidłowej kalkulacji oferty

i zgodnej z opisem realizację zamówienia. Przy trudności w przygotowaniu opisu, można rozważyć konsultacje rynkowe przewidziane ustawą Pzp, po których na podstawie zebranych informacji od wykonawców, zamawiający będzie w stanie rzetelnie przygotować opis przedmiotu zamówienia.

Na etapie prowadzenia postępowania wykonawcy często zadają pytania do SWZ, nie obawiajmy się ich, jest to czas na wyjaśnianie wątpliwości wykonawców, modyfikację zapisów. Jest to szansa na poprawienie błędów w dokumentach zamówienia. Ten nie popełnia błędów kto nie pracuje. Każdemu mogą się zdarzyć. Ważne jest to, aby odpowiednio w czasie zareagować i wyciągać na przyszłość wnioski.

Osoby nadzorujące realizację umowy, współpracując z wykonawcami poznają ich potrzeby w szerszym zakresie. Pozyskane informacje na tym etapie, jak również w trakcie postępowania mogą być przydatne w przygotowywaniu kolejnych postępowań przetargowych.

Tak na koniec mojej odpowiedzi na pytanie, poza wymienionymi ścieżkami zdobycia wiedzy i doskonalenia się w tematyce zamówień publicznych, aby stać się dobrym ekspertem w tym zakresie trzeba po prostu lubić zamówienia publiczne. W życiu tak to już jest, że jeśli nam na czymś zależy i sprawia nam to satysfakcję jesteśmy w stanie poświęcić temu więcej czasu, zaangażowania, sił i środków a efekty pracy są zdecydowanie lepsze niż pracy z powinności „bo tak trzeba”.



# Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?



## WOJCIECH BERESKO

Prawnik. Doktorant Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego. Praktyk z wieloletnim doświadczeniem w obszarze zamówień publicznych, w tym także w zakresie szkoleń i doradztwa. Autor materiałów szkoleniowych w projekcie systemowym PARP „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”. Autor i współautor kilkudziesięciu opracowań w dziedzinie zamówień publicznych, w tym komentarzy praktycznych, artykułów i publikacji książkowych. Autor ponad 700 porad w systemie LEX Q&A.

W toku swojej kariery zawodowej zadawano mi wiele pytań. Żadne jednak z nich nie wymagało ode mnie tak głębokich przemyśleń, jak to jedno – tytułowe. Wynika to z faktu, że nie ma na nie jednoznacznej odpowiedzi.

Przede wszystkim – musimy sobie uświadomić kim jest osoba eksperta (w ogólności). Słownikowo – jest to osoba uznawana za autorytet w jakiejś dziedzinie. Jak dla mnie – definicja słownikowa niestety jest zbyt uproszczona. Fakt, że ktoś jest postrzegany jako autorytet nie oznacza w dzisiejszych czasach, że nim de facto jest. Żyjemy w czasach, w których wielu „ekspertów” nie posiada nawet podstawowej wiedzy w swojej dziedzinie.

Czasem wystarczy, że ktoś przed kamerami wypowie słynne już na cały świat słowa „how dare you?”, aby błyszczeć w światłach fleszy. W tym samym czasie nikt nie zwracał uwagi na 25-latkę, który skutecznie, za pomocą autorskiego rozwiązania zbiera plastik z Wielkiej Pacyficznej Plamy Śmieci. Co to oznacza? Pomiędzy postrzeganiem danej osoby jako eksperta, a byciem ekspertem jest wielki znak nierówności.

Niektóre źródła podają także, że ekspert to osoba, która posiada rozległą wiedzę w danej dziedzinie.

Uważam, że twierdzenie to także nie jest do końca prawdziwe. Oczywistym jest, że każdy ekspert dysponuje określonym zasobem wiedzy. Jednak posiadanie wiedzy, a umiejętność z niej korzystania to także dwie różne rzeczy. Parafrazując słowa św. Pawła z Listu do Koryntian – I choćbym posiadał wszelką wiedzę, a korzystać z tego nie umiał – żaden ze mnie ekspert. Co to oznacza w zakresie osoby eksperta w zamówieniach publicznych – możemy znać na pamięć wszystkie przepisy dotyczące zamówień publicznych, lecz pomijając prawdziwy cel ich istnienia – nie będziemy ekspertami.

W opracowaniach dostępnych w internecie (tutorских, coachingowych) podaje się także, że osoba eksperta musi posiadać bogate doświadczenie w danej dziedzinie. I znowu – twierdzenie to stanowi tzw. półprawdę. Faktem jest, że osoba eksperta to osoba o bogatym doświadczeniu. Czy jednak każdy, kto pochwalić się może wieloletnim doświadczeniem w danej dziedzinie może mówić o sobie, że jest ekspertem?

Kiedy zatem możemy mówić o tym, że dana osoba jest ekspertem w swojej dziedzinie? Odpowiedź na to pytanie stanowi wypadkową określonej wiedzy, do-

świadczenia i cech osobowościowych. Wszystkie te elementy muszą u danej osoby występować razem i wzajemnie ze sobą współgrać.

Ekspertem w zamówieniach publicznych będzie zatem – w moim przekonaniu – osoba, która poza znakomitą znajomością przepisów, czy bogatym doświadczeniem zawodowym, kierować się będzie podstawowym celem przyświecającym zamówieniom publicznym. Cel ten pośrednio naznaczony jest zresztą w samej ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) – jest nim udzielanie zamówień w sposób przynoszący jak największe korzyści ekonomiczne i społeczne, przy zachowaniu racjonalności dokonywania wydatków.

Osoba eksperta w zamówieniach publicznych cechować się musi także umiejętnością twórczej współpracy z tzw. „merytorycznymi”. Współpracy polegającej na wysłuchaniu i zrozumieniu – ale także na umiejętności obrony własnego stanowiska w kwestiach wrażliwych. Powinna także na bieżąco zgłębiać wiedzę odnoszącą się do merytorycznych aspektów danego zamówienia. Wynika to z faktu, że prawdziwym, ostatecznym efektem prowadzonego postępowania nie jest zawarcie umowy, lecz wykonanie i odbiór – w sposób optymalny – zamawianej dostawy, usługi czy roboty budowlanej.

Bycie ekspertem, to także wielka odpowiedzialność. Jak wskazano powyżej, ekspertem trzeba po pierwsze być, a po drugie – być za niego uważanym. Ekspert nie może sobie pozwolić na „spoczywanie na laurach”. Musi stale doskonalić swój warsztat pracy i go rozwijać. Szczególnie, że ekspert w zamówieniach publicznych mierzyć musi się ze zmiennością rynku, istniejących rozwiązań, a często też – samych przepisów i ich interpretacji. Odpowiedzialność eksperta jest wielka. Jest on bowiem w wielu przypadkach autorytetem, a nawet wyrocznią dla kierownika zamawiającego, który przecież w pełni odpowiada za przebieg udzielanych zamówień publicznych.

Przechodząc do najważniejszej kwestii – czyli jak zostać ekspertem w dziedzinie zamówień publicznych, stwierdzam, że jednej i właściwej ścieżki nie ma.

Należy bowiem zwrócić uwagę na fakt, że ekspert ds. zamówień publicznych to nie jest zawód ukształtowany przepisami prawa. Nie jest możliwe ani zdobycie powszechnie uznanego tytułu eksperta (no może poza tzw. biegłym sądowym, ale nie o tym w

tym opracowaniu), ani wskazanie konkretnej zasługi, za którą ten tytuł może zostać przyznany. Ba – nawet kwestia odpowiedniego wykształcenia odgrywa znaczenie drugoplanowe (choć po studiach prawniczych jest łatwiej).

W mojej osobistej ocenie, aby zostać ekspertem w zamówieniach publicznych, należy posiadać szereg cech osobowościowych, z których najważniejszymi są umiejętność uczenia się, umiejętność dialogu i przekonania interlokutorów do zajmowanego stanowiska, odporność na stres oraz asertywność. Należy posiadać i stale podnosić znajomość przepisów i ich interpretacji. Należy doskonalić warsztat pracy zarówno poprzez udział w szkoleniach, kongresach, jak i poprzez samodzielne zdobywanie wiedzy.

Z pewnością także należy być osobą o nieposzlakowanej opinii. Te wszystkie elementy, jeśli będą ze sobą występować łącznie dają odpowiednią bazę, by dana osoba mogła mówić o sobie, że jest ekspertem w zamówieniach publicznych.





# Czy wykonawca może powołać się na doświadczenie podwykonawcy?

PRZEDMIOTEM SPORU BYŁO, CZY WYKONAWCA, KTÓRY WYKONAŁ ROBOTY BUDOWLANE, JAKO GENERALNY WYKONAWCA, KTÓRY PRZY ICH WYKONANIU KORZYSTAŁ Z PODWYKONAWCY, MOŻE NASTĘPNIE W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA POWOŁYWAĆ SIĘ NA DOŚWIADCZENIE W WYKONANIU ROBÓT BUDOWLANYCH ZDOBYTE PRZY UDZIALE PODWYKONAWCY.

Zgodnie z „Informacją o warunkach udziału w postępowaniu”) o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował jedną robotę budowlaną obejmującą wykonanie robót ogólnobudowlanych (w tym niecki basenowej ze stali nierdzewnej), instalacji elektrycznych i sanitarnych (w tym instalacji wod-kan i c.o.) o łącznej wartości nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł brutto”.

Przedmiotem sporu było, czy wykonawca, który wykonał roboty budowlane, jako generalny wykonawca, który przy ich wykonaniu korzystał z podwykonawcy, może następnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia powoływać się na doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych zdobyte przy udziale podwykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m. in. art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Z., która została wybrana na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż jest on wykonawcą, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, ponieważ M. Polska spółka z o.o. jako podmiot udostępniający zasoby wykonawcy Z. nie była podmiotem realizującym dostawę i wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej w ramach inwestycji „Budowa krytej pływalni (...) w N. S.”

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Z. złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby wraz z wykazem robót oraz referencjami, a także pismo, w którym wskazał, że spółka M. Polska jako podmiot udostępniający zasoby i generalny wykonawca zadania „Budowa krytej pływalni (...) w N. S.” spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia nawet, gdy prace polegające na wykonaniu niecki basenowej ze stali nierdzewnej zostały wykonane przez firmę B.B. – podwykonawcę i jednocześnie producenta niecki basenowej ze stali nierdzewnej, ponieważ generalny wykonawca realizował umowę ponosząc odpowiedzialność za działania, zaniechania, uchybienia i zaniedbania podwykonawcy tak, jakby były one działaniem, zaniechaniem, uchybieniem lub zaniedbaniem samego generalnego wykonawcy.

Odwołujący uznał, że spółka M. Polska powołała się w zobowiązaniu na cudze doświadczenie i objęła to doświadczenie zakresem własnego zobowiązania skierowanego do wykonawcy Z.

Zdaniem odwołującego jeżeli warunek był szeroki i obejmował roboty ogólnobudowlane (w tym wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej), jak również roboty instalacyjne elektryczne i sanitarne to rolą wykonawcy było „pozyskanie” takich podmiotów jako udostępniających zasoby, aby podmioty te rzeczywiście takim doświadczeniem dysponowały, w przeciwnym bowiem wypadku w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca ten będzie realizował zakres, co do którego nie posiada żadnego doświadc-

czenia (tak samo jak podmiot udostępniający zasoby) lub nadal będzie zmuszony poszukiwać podwykonawcy, który zrealizuje ten zakres (w tym wypadku produkcję, dostawę i montaż niecki basenowej ze stali nierdzewnej wraz z robotami towarzyszącymi).

W ocenie odwołującego spółka M. Polska próbuje udostępnić wykonawcy Z. doświadczenie, którym nie dysponuje, gdyż wykonawcą niecki basenowej i samej technologii basenowej w zadaniu „Budowa krytej pływalni (...) w N. S.” był B.B. (podwykonawca i jednocześnie producent niecki basenowej ze stali nierdzewnej). Odwołujący zwrócił również uwagę, że sama odpowiedzialność generalnego wykonawcy, na którą powołuje się wykonawca Z. pozostaje bez znaczenia, ponieważ żaden warunek udziału w postępowaniu obejmujący wiedzę i doświadczenie nie odnosi się do kwestii odpowiedzialności cywilnoprawnej (odpowiedzialności kontraktowej, w tym odpowiedzialności na zasadzie ryzyka), lecz do posiadania wiedzy i doświadczenia w realizacji określonych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, ponieważ jest kwestią faktów (obejmuje zdobycie wymaganych umiejętności przy realizacji określonych czynności faktycznych), nie zaś kwestią prawa – nawet jeżeli jego źródłem są zobowiązania cywilnoprawne.

Zdaniem odwołującego w tym przypadku trudno założyć, że generalny wykonawca nabywa na skutek samego faktu ponoszenia odpowiedzialności nad realizacją kontraktu doświadczenie w wykonaniu i instalacji specyficznej dostawy w postaci niecki basenowej ze stali nierdzewnej, jeżeli dostawa ta jest realizowana przez specjalistyczne podmioty, których na rynku jest bardzo niewiele i zazwyczaj ich nazwy pojawiają się tylko i wyłącznie przy realizacji tego typu dostaw, zaś ich rola ogranicza się zazwyczaj do dostawy i montażu tego typu urządzeń. Odwołujący zwrócił również uwagę, że spółka M. Polska lub sam wykonawca Z. będzie musiał na etapie realizacji zlecić wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej kolejnemu podwykonawcy, gdyż żaden z tych podmiotów nie posiada doświadczenia w tym zakresie. Wykonawca Z., aby mógł wykazać spełnienie warunku w tym zakresie powinien złożyć zobowiązanie od B.B. lub innego wykonawcy niecek basenowych ze stali nierdzewnej.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający zwrócił uwagę, że udział spółki M. Polska w budowie krytej pływalni w N. S. był realny i faktyczny. Spółka M. Polska była generalnym wykonawcą zadania „Budowa

krytej pływalni (...) w N. S. W ramach wykonanych robót budowlanych zostały również wykonane prace polegające m. in. na wykonaniu niecek basenowych ze stali nierdzewnej (basen sportowy, basen rekreacyjny i do nauki pływania, brodzik dla dzieci, wanny hydromasażowe). Budowa krytej pływalni w N. S. była inwestycją bardzo złożoną o dużym stopniu skomplikowania, co wymagało od wykonawcy olbrzymiego doświadczenia nie tylko w wykonaniu robót, ale także w sprawowaniu nadzoru nad ich wykonaniem. Podczas budowy krytej pływalni spółka M. Polska była odpowiedzialna za należyte wykonanie całej inwestycji i taką odpowiedzialność ponosiła przed zamawiającym. Spółka M. Polska jako generalny wykonawca kierowała robotami i je organizowała.

Spółka M. Polska była odpowiedzialna za działania, zaniechania, uchybienia i zaniebdania każdego podwykonawcy i dalszego podwykonawcy tak, jakby były one działaniem, zaniechaniem, uchybieniem lub zaniebdaniem jej samej. Spółka M. Polska była również zobowiązana wykonać niezbędne badania, pomiary, próby, sprawdzenia, rozruch technologiczny obiektu pływalni oraz zapewnić odbiory realizowanych robót przez odpowiednie służby, instytucje i właścicieli sieci oraz uzyskać wszystkie niezbędne decyzje umożliwiające stwierdzenie poprawności wykonania przedmiotu umowy, uzyskać zaświadczenie o przyjęciu zawiadomienia o zakończeniu budowy/pozwolenie na użytkowanie. Ponadto żadna robota czy urządzenie nie mogły być zakryte lub w inny sposób uczynione niedostępnymi bez zgody kierownika budowy zatrudnionego przez spółkę M. Polska.

Spółka M. Polska podczas budowy krytej pływalni w N. S. odpowiadała za roboty wykonane przez podwykonawcę (firmę B.B.) jak za działania i zaniechania własne, a także była jedynym organizatorem i koordynatorem prac, na którym spoczywała cała odpowiedzialność za realizację zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że aby uznać doświadczenie generalnego wykonawcy w wykonaniu określonych robót budowlanych, konieczne jest osobiste wykonanie przez tego wykonawcę wszystkich robót budowlanych, ponieważ taka sytuacja w praktyce nie występuje w wykonywaniu robót budowlanych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w wyroku z dnia 11 czerwca 2021 r., KIO 1347/21 uznano, że „Tak skomplikowany i wielobranżowy proces, jakim jest budowa obiektu budowlanego, realizowany jest przez szereg

wyspecjalizowanych w danej branży/ technologii podmiotów, którzy co do zasady działają na zlecenie głównego wykonawcy robót, odpowiedzialnego za koordynację prac oraz za całość inwestycji. Zgodnie z praktyką, ten główny wykonawca otrzymuje następnie referencje potwierdzające zrealizowanie całości robót i jemu przypisuje się doświadczenie w zrealizowaniu obiektu." W wyroku KIO 1347/21 uznano również, że w przypadku konsorcjum, ten z konsorcjantów, który pełni rolę głównego wykonawcy może powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej „Takie działanie jest zgodne z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.”

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła odwołania, uznając, że zamawiający zasadnie ocenił, że wykonawca Z. spełnia warunek zdolności technicznej lub zawodowej, ponieważ podmiot trzeci (spółka M. Polska), udostępniając wykonawcy Z. zasób wiedzy i doświadczenia nabył je i mógł udostępnić takie zasoby wykonawcy Z., realizując robotę „Budowa krytej pływalni (...) w N. S.” (dalej także „robota referencyjna”) jako generalny wykonawca z wykorzystaniem w zakresie robót dotyczących niecki basenowej ze stali nierdzewnej wyspecjalizowanego wykonawcy B.B.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pomocną wskazówką przy ocenie realnego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 października 2019 r., XXIII Ga 157/19, tj. iż „doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki współpracy.” Wskazówka ta skłania do wniosku, że zdobycie doświadczenia jest możliwe także w przypadku, gdy wykonawca nie wykonał „fizycznie” robót.

Poddając analizie złożone przez przystępującemu dokumenty oraz wyjaśnienia, a także dokumenty uzyskane staraniem zamawiającego stwierdziła, że wykonawcy M. Polska należy przypisać realny udział w pracach (robotach) związanych z wykonaniem niecki basenowej w ramach roboty referencyjnej.

Charakter udziału wykonawcy M. Polska wynikał przede wszystkim z umów zawartych przez M. Polska z Gminą N.S. (umowa wykonawcza) oraz z B.B. (umowa podwykonawcza).

Na podstawie umowy wykonawczej:

- 1) „Zamawiający zleca a wykonawca przyjmuje do wykonania budowę krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techniczną (...) wraz z uzyskaniem w imieniu zamawiającego pozwolenia na użytkowanie krytej pływalni oraz przyjęcia zgłoszenia zakończenia robót budowlanych”,
- 2) „Wykonawca jest zobowiązany, do wykonania z należytą starannością wszelkich robót i czynności niezbędnych dla zrealizowania przedmiotu umowy w celu przekazania zamawiającemu obiektu budowlanego, który zostanie bezwarunkowo dopuszczony do użytkowania.”,
- 3) „Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia stwierdzenia wady lub przeszkód i trudności, powiadomić zamawiającego o stwierdzonych wadach w dokumentacji projektowej lub o zaistniałych przeszkodach i trudnościach mogących wpłynąć na jakość wykonywanych robót albo opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy.”,
- 4) „Zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z umową realizacji robót, polecać dokonywanie zmian w zakresie wykonania przedmiotu Umowy, a wykonawca winien wykonać każde z poniższych poleceń:
  - a) pominąć wskazane roboty,
  - b) wykonać roboty nieprzewidziane”,
- 5) „Zamawiający jest uprawniony do dokonywania zmian dokumentacji projektowej w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej jest następstwem nienależytego wykonywania przedmiotu umowy przez wykonawcę – koszty z tym związane obciążają wykonawcę.”,
- 6) „W toku realizacji przedmiotu umowy odbywać się będą rady budowy (spotkania koordynacyjne obu stron umowy), Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia i udostępnienia na terenie budowy pomieszczenia umożliwiającego odbycie rady budowy. Spotkania rady budowy będą odbywać się w terminach ustalonych przez zamawiającego (nie rzadziej niż raz

w miesiącu) lub na wniosek wykonawcy lub nadzoru inwestorskiego. Wykonawca jest zobowiązany uczestniczyć w wyznaczonych przez zamawiającego radach budowy, przedstawiać na radach budowy sprawozdania dotyczące w szczególności: stanu realizacji przedmiotu umowy, zaawansowania robót w odniesieniu do obowiązującego harmonogramu, problemów w realizacji.”,

- 7) „W przypadku, gdy uzgodnienia z właścicielami sieci to nakazują, wykonawca zobowiązany jest do wykonywania prac pod nadzorem właścicieli sieci oraz poniesienia kosztów tego nadzoru.”,
- 8) „Wykonawca jest zobowiązany wykonać niezbędne badania, pomiary, próby, sprawdzenia, rozruch technologiczny obiektu pływalni oraz zapewnić odbiory realizowanych robót przez odpowiednie służby, instytucje i właścicieli sieci oraz uzyskać wszystkie niezbędne decyzje umożliwiające stwierdzenie poprawności wykonania przedmiotu umowy, uzyskać zaświadczenie o przyjęciu zawiadomienia o zakończeniu budowy/pozwolenie na użytkowanie. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania zamawiającemu protokołów odbioru z zarządcami sieci uzbrojenia terenu, które wynikają z uzgodnień dokumentacji projektowej.”,
- 9) „Wykonawca zobowiązany jest do dokonywania stosownych wystąpień, uzgodnień, zgłoszeń i powiadomień koniecznych dla zgodnej z prawem i terminowej realizacji przedmiotu umowy”,
- 10) „Wykonawca jest odpowiedzialny za działania, zaniechania, uchybienia i zaniedbania każdego podwykonawcy i dalszego podwykonawcy tak, jakby były one działaniem, zaniechaniem, uchybieniem lub zaniedbaniem samego wykonawcy.”

Na podstawie umowy wykonawczej „Strony będą dokonywać odbiorów robót ulegających zakryciu lub zanikających na bieżąco, po zgłoszeniu wykonanych robót przez Wykonawcę (zgłoszenie powinno nastąpić na nie mniej niż 3 dni robocze przed terminem zakrycia tych robót). Żadna robota czy urządzenia nie mogą być zakryte lub w inny sposób uczynione niedostępnymi bez Kierownika Budowy Zamawiającego. Wykonawca powinien umożliwić Kierownikowi Budowy

wy sprawdzenie roboty czy urządzenia, które zanika lub ulega zakryciu, a instalacje i podbudowy podlegające pomiarom przez geodetę lub geologa powinny być wykonane zgłoszeniem do Kierownika Budowy, a protokoły potwierdzające ich wykonanie powinny być dołączone do zgłoszenia. W przypadku, gdy roboty ulegające zakryciu lub zanikające nie zostaną zgłoszone do odbioru lub nie zostaną odebrane, Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia sprawdzenia wykonania tych robót w szczególności poprzez ich odkrycie lub wykonanie otworów umożliwiających to sprawdzenie. Jeżeli Kierownik Budowy potwierdzi, iż roboty zostały wykonane w sposób prawidłowy Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia do stanu przed ich odkryciem. Jeśli Kierownik Budowy stwierdzi, że roboty zostały wykonane w sposób nieprawidłowy, Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia nieprawidłowo wykonanych robót oraz do ponownego ich wykonania w należyty sposób. Odkrycie, zakrycie, rozebranie i ponowne wykonanie robót, których mowa powyżej, Wykonawca zobowiązany jest wykonać w ramach Wynagrodzenia. Postanowienie to ma odpowiednie zastosowanie, gdy z dokumentacji projektowej wynika obowiązek poinformowania o fakcie wykonania robót ulegających zakryciu lub zanikającym osób trzecich.”

Uwzględniając powyższe postanowienia umowne, opisujące sposób realizacji roboty referencyjnej, zakres prac podwykonawcy oraz relacje zamawiający – wykonawca M. Polska oraz M. Polska – podwykonawca w toku realizacji tej roboty, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że M. Polska pełnił funkcję generalnego wykonawcy, pozostając odpowiedzialnym za działania B.B., jako podwykonawcy, organizując i koordynując roboty, wykonując obowiązki – prace dotyczące całego obiektu, a zatem także niecki basenu, a nadto sprawując czynności kontrolne i nadzorcze wobec działań B.B.

Za niezrozumiałe i – wbrew ocenie odwołującego – za nie znajdujące potwierdzenia w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej skład orzekający uznał stanowisko jakoby „doświadczony generalny wykonawca, sprawując i koordynując prace ogólnobudowlane (...) nabywa doświadczenie swoich podwykonawców realizujących te roboty w ramach ogólnego kontraktu tylko wówczas, gdy zakres robót jest zgodny z jego własną branżą”.

# Dopuszczalne kryteria oceny ofert

JEŻELI ZAMAWIAJĄCY DOPUSZCZA MOŻLIWOŚĆ SKŁADANIA OFERT CZĘŚCIOWYCH ALBO UDZIELA ZAMÓWIENIA W CZĘŚCIACH, Z KTÓRYCH KAŻDA STANOWI PRZEDMIOT ODREBNEGO POSTĘPOWANIA, DLA KAŻDEJ CZĘŚCI ZAMÓWIENIA MOŻE OKREŚLIĆ INNY OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSÓB OCENY OFERT.

## **Najkorzystniejsza oferta oraz jednoznaczne, zrozumiałe i obiektywne kryteria oceny ofert**

Problematyka kryteriów oceny ofert oraz oceny ofert została uregulowana w art. 239–252 ustawy Pzp. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Opis sposobu oceny ofert powinien zatem być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny powinna zostać wyłączona. Wybór taki będzie możliwy tylko wtedy, gdy kryteria będą niezmiennie stosowane przy ocenie każdej oferty w tym samym postępowaniu oraz skonkretyzowane, wymierne i zobiektywizowane (umożliwiające dokonanie obiektywnej oceny ofert). Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwiała każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych.

W wyroku z dnia 23 kwietnia 2015 r., KIO 712/15, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji”.

W wyroku z dnia 3 września 2013 r., KIO 2007/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Kryteria oceny ofert muszą być zaprezentowane w SIWZ w taki sposób, by wykonawca na ich podstawie był w stanie uzyskać wiedzę, jakie cechy i właściwości oferowanego przez niego przedmiotu będą uznane za pozwalające na uzyskanie wysokiej pozycji w ramach porównania ofert. Powyższe sprowadza się do określenia, jakie cechy, właściwości, elementy ma spełniać kategoria podlegająca ocenie, w taki sposób, by wykonawca wiedział, co zostanie ocenione wyżej, a co niżej, jakie elementy są uznawane przez zamawiającego za lepsze i wysoko oceniane, jakie zaś niżej, albo jakie dyskwalifikują ofertę oraz zadanie wskazane dla oceny w kryterium pozacenowym”.

Kryteria oceny ofert nie mogą dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody w wyborze oferty.

Zamawiający obowiązany jest sformułować kryteria oceny ofert w sposób, który zapewni, iż wszystkie oferty oceniane będą na takich samych, niebudzących wątpliwości interpretacyjnych zasadach, zaś wykonawcy nie będą mieli trudności we właściwym formułowaniu ofert, gdyż istotne jest, by wykonawcy nie mieli możliwości formułowania ofert w sposób niejednoznaczny, co z zasady wykluczałoby możliwość uzyskania obiektywnej porównywalności ofert.

W wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., KIO/UZP 1327/10, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „Szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji.”

W wyroku z dnia 21 lipca 2014 r., KIO 1389/14, zwrócono uwagę, że „W sytuacji, gdy zamawiający decyduje się na wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert, kryteriów innych niż cena, kryteria takie muszą być szczegółowo opisane wraz z podaniem, w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem

zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych (tak m.in. Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., V Ca 264/04)”.

W trybach przetargu nieograniczonego i podstawowym (w wariantach 1 i 2), opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ.

Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, dla każdej części zamówienia może określić inny opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposób oceny ofert.

### **Kryteria związane z przedmiotem zamówienia**

Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia jest uzasadniony, ponieważ zamawiający powinien wybierać takie kryteria oceny ofert, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom (zob. motyw 92 dyrektywy 2014/24/UE).

Przykładowe kryteria jakościowe zostały określone w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający może stosować inne kryteria oceny ofert nie określone w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp.

Ze względu na związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, a także na podstawie art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert można podzielić na następujące kategorie:

- 1) **kryteria kosztowe:** cena, koszt oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia;
- 2) **kryteria jakościowe:** parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne takie jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników, właściwości odżywcze (zawartość białka, tłuszczu, błonnika, witamin, mikroelementów), właściwości fizyko-chemiczne wyrobu;
- 3) **kryteria społeczne, środowiskowe i innowacyjne:** aspekty społeczne, w tym integrację zawodową i społeczną osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia, aspekty innowacyjne;
- 4) **kryteria związane z realizacją zamówienia:** serwis posprzedażny, pomoc techniczna, warunki dostawy takie jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okres realizacji, wysokość kary umownej, okres i warunki gwarancji, termin zapłaty;
- 5) **kryteria dotyczące osób skierowanych do realizacji zamówienia:** kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, a także wykształcenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Ofertę najkorzystniejszą wybiera się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, jeżeli, w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów, cena lub koszt są stałe.

W postępowaniach, których przedmiot zamówienia obejmuje świadczenia z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których rezultatu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący, najkorzystniejsza oferta jest wybierana wyłącznie na podstawie ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych.

### **Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy**

Zgodnie z art. 241 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 241 ust. 3 ustawy Pzp). Zawarte w art. 24 ust. 3 ustawy Pzp wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen dotyczących właściwości wykonawcy ma charakter przykładowy. Oznacza to, że poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy.

Na podstawie art. 241 ust. 3 ustawy Pzp niedopuszczalne jest stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert, jak doświadczenie wykonawcy, posiadany potencjał techniczny (np. liczba ładowarko-koparek), wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy). Doświadczenie wykonawcy ma charakter podmiotowy i nie dotyczy jakichkolwiek aspektów lub etapów cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach danego zamówienia.

Wykonawca ma prawo oczekiwać, że złożona przez niego oferta zostanie oceniona zgodnie z kryteriami oceny ofert ich wagami oraz opisem sposobu oceny ofert określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia.

W wyroku z dnia 24 maja 2016 r., KIO 737/16, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Na etapie oceny ofert niedopuszczalna jest zmiana sposobu oceny w stosunku do ostatecznej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zawsze musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert. Prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i przestrzeganie uczciwej konkurencji (...) wymagają, aby potencjalni wykonawcy w pełni mogli zapoznać się przed złożeniem oferty ze sposobem oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż potencjalny wykonawca może ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Treść specyfikacji istotnych

warunków zamówienia jest wiążąca zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców.”

Wykonawca ma prawo oczekiwać od zamawiającego, że będzie on oceniał oferty, w oparciu o określone w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert oraz opis sposobu ich oceny.

Ze względu na znaczenie kryteriów oceny ofert i opisu sposobu oceny ofert, postanowienia SWZ w tym zakresie należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc ocena ofert powinna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i ich wag oraz opisu sposobu oceny ofert, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiającego na etapie oceny ofert.

### **Cena jedynym kryterium oceny ofert**

Co do zasady zamawiający publicznie, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, chyba że określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia (art. 246 ustawy Pzp). Do zagadnienia stosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się w wyroku z dnia 7 czerwca 2021 r., KIO 1045/21.

W postępowaniu zamawiający zdecydował się na zastosowanie kryterium „cena 100 %” i jednocześnie w SWZ uwzględnił wymagania jakościowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia, istotne dla organizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. W ocenie odwołującego postanowienia SWZ były niepełne w zakresie standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich głównych cech przedmiotu zamówienia i celowe byłoby zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że zastosowane kryterium „cena 100 %” było kryterium obiektywnym i nie zaburzającym zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający wyodrębnił istotne elementy przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że określenie wymagań jakościowych nie musi dotyczyć każdego, nawet najmniejszego składnika żywieniowego, będącego elementem posiłku. Ważne jest, aby okre-

ślono pewne ramy jakościowe, w których poruszać mają się wykonawcy. Takie ramy, zdaniem składu orzekającego, określają dokumenty załączone do SWZ, gdzie zamawiający określił wymagania dla kilku diet wskazując liczbę porcji w odniesieniu do produktów mlecznych, ich podaż (wyłącznie półtłuste lub chude w odniesieniu do diety lekkostrawnej), proporcje spożycia warzyw do owoców, w szczególności, że warzywa winny być głównie w postaci surowej: surówki, sałatki, dodatek do śniadania i kolacji lub w postaci gotowanych warzyw do obiadu, liczbę porcji owoców dziennie (owoc można zastąpić sokiem owocowym – 1 porcja odpowiada 1 szklance soku, uwaga: porcja kompotu nie stanowi porcji owocu). W przypadku diety lekkostrawnej wymieniono szereg produktów przeciwwskazanych, takich jak: ostre przyprawy, chrzan, kasza gryczana, bułka grahamka, tłuste produkty mięsne, w tym kielbasy, pasztety, parówki, mortadela, baleron, flaki wołowe, tłuste produkty mleczne, warzywa kapustne, ogórek, rzodkiewka, szczypiorek, kukurydza, cebula, warzywa konserwowe, majonez, musztarda, tłuste sosy, owoce suszone. Zamawiający określił także średnią liczbę pacjentów, sposób dystrybucji posiłków przez system termosowy, godziny ich dostarczania, udział procentowy poszczególnych posiłków w cenie pełnego wyżywienia dziennego, obowiązek przygotowania posiłków w pomieszczeniach gastronomicznych i przewożenia środkiem transportu spełniającym wymagania higieniczno-sanitarne, obowiązek przestrzegania norm żywieniowych, obowiązek zatrudnienia dietetyka celem zapewnienia właściwej wartości kalorycznej i odżywczej posiłków, a także obowiązek wdrożenia i stosowania zasad systemu HACCP.

Jednocześnie zgodnie z wzorem umowy dostarczone posiłki musiały uwzględniać aktualne zalecenia Instytutu Żywności i Żywienia, w szczególności co do struktury rzeczowej, kaloryczności, jakości, urozmaïcenia, spełniać obowiązujące w tym zakresie wszelkie normy żywieniowe, w tym ze szczególnym uwzględnieniem norm żywieniowych dla pacjentów szpitali. Wykonawca był obowiązany przedkładać Zamawiającemu do jego akceptacji jadłospis na każde kolejne 14 dni, ze wskazaniem precyzyjnych nazw potraw i środków spożywczych, w tym informacji dot. obróbki technologicznej, informacji o rodzajach produktów spożywczych, z których posiłki będą przygotowywane, ich gramatury i kaloryczności oraz informacji o alergenach. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej taki podział uznać należy za logiczny i sensowny, w spo-

sób prawidłowy oddający złożoność przedmiotu zamówienia i zwracający uwagę na najistotniejsze jego elementy. Określenie wymagań jakościowych głównych elementów przedmiotu zamówienia pokazać ma ramy, w których co do jakości przedmiotu zamówienia będą poruszali się wykonawcy realizujący umowę.

### **Termin zapłaty i wysokość kary umownej**

Termin zapłaty może być kryterium oceny ofert. W wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., KIO/UZP 1327/10, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że nie można kwestionować prawa zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie zamawiającego wynika bowiem z art. 91 ust. 2 Pzp2004, który – nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty – zezwala na ich dowolne ustalenie, pod warunkiem, że dotyczyć będą przedmiotu zamówienia oraz z ograniczeniem dotyczącym kryteriów podmiotowych (art. 92 ust. 3 Pzp2004). Jednakże w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym w zakresie oceny ofert.

Ocena ofert w zgodzie z powyższą zasadą może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny, a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców, ponieważ są dla nich wskazówką, czego oczekuje zamawiający, jak przygotować ofertę i według jakich zasad oferta ta będzie oceniana.

Przepisy ustawy Pzp co do zasady nie wprowadzają zakazu stosowania terminu płatności oraz wysokości kar umownych, jako kryteriów oceny ofert.

Nie ma go również w regulacjach unijnych, tj. w wyliczeniu zawartym w art. 67 dyrektywy 2014/24/UE.

Na możliwość stosowania terminu płatności jako kryterium oceny ofert w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02. W uchwale tej Sąd Najwyższy uznał, że „Termin płatności to niewątpliwie element warunków płatności, o tym zaś, że warunki płatności traktowane są przez ustawodawcę na równi z innymi kryteriami przedmiotowymi, świadczy treść art. 43 ust. 3 uzp. Stwierdzono tam, że po otwarciu ofert podaje się imię i nazwisko, nazwę (firmę) oraz adres (siedzibę) dostawcy lub wykonawcy, którego oferta jest otwierana, a także informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie. Ustawa wymienia zatem warunki płatności obok innych kryteriów, których przedmiotowy charakter nie budzi wątpliwości.” W obowiązującym stanie prawnym analogicznie art. 86 ust. 4 Pzp2004.

W uchwale z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02, Sąd Najwyższy uznał również, iż „Nie powinno być wątpliwości, że kryterium terminu płatności może mieć duże znaczenie jako wyznacznik atrakcyjności oferty, przede wszystkim wówczas, gdy zamawiający mają problemy z płynnością finansową. Nawet jednak w zwykłych okolicznościach istotne znaczenie dla zamawiającego może mieć np. możliwość rozłożenia zapłaty ceny na raty. To prawda, że możliwe jest umieszczenie określonego terminu płatności w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże taka możliwość dotyczy także innych kryteriów oceny oferty (np. terminu wykonania). Nie może to zatem mieć znaczenia decydującego.”

Co więcej, Sąd Najwyższy uznał, że „Nie wydaje się również przekonujący argument, podniesiony przez Sąd Okręgowy, zgodnie z którym, termin płatności stanowi kryterium niedozwolone, gdyż pośrednio dotyczy właściwości dostawcy, jego wiarygodności finansowej i powoduje dyskryminację mniejszych firm. Podobnie, zastosowanie kryterium ceny, które przeważnie stanowi czynnik najistotniejszy, prowadzić może pośrednio do „dyskryminacji” mniejszych firm, bardzo często bowiem korzyści płynące z rozmiaru prowadzonej działalności pozwalają na zmniejszenie marży zysku i obniżenie ceny. Także kryterium terminu wykonania może się okazać dyskryminujące dla podmiotów, które nie mają dużych zapasów albo dużych mocy produkcyjnych, a więc przeważnie podmiotów mniejszych. Tego rodzaju pośrednie oddziaływanie „dyskryminacyjne” poszczególnych kry-

teriów nie mogą mieć zatem znaczenia dyskwalifikującego.

Ograniczone znaczenie ma także argument odwołujący się do wykładni historycznej. Po pierwsze, zmiany legislacyjne w żaden sposób nie dotyczyły bezpośrednio kryterium terminu płatności; w art. 2 ust. 1 pkt 8 uzp nie było o nim mowy również w okresie przed nowelizacją. Po drugie, nawet oczywiste zmiany, takie jak np. usunięcie z art. 2 ust. 1 pkt 8 kryterium jakości, nie wpłynęły na zmianę praktyki. Przyjmuje się nadal, że jakość może stanowić jedno z kryteriów oceny oferty."

Sąd Najwyższy odniósł się również do stanowiska Sądu Okręgowego, iż „termin płatności jako kryterium wyboru oferty jest nadużywane bądź wadliwie stosowane”. W ocenie Sądu Najwyższego „Jeśli nawet takie przypadki odnotowano w orzecnictwie Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, to fakt ten stanowi jedynie sygnał dla ustawodawcy, nie sposób jednak przez pryzmat nieprawidłowości związanych ze stosowaniem tego kryterium oceniać jego dopuszczalności. Eliminowaniu takich przypadków służy m.in. prawidłowe rozumienie i stosowanie zasady wyboru najkorzystniejszej oferty jako kluczowej zasady rządzącej prawem zamówień publicznych. Z zasady tej należy wyprowadzić bezwzględny postulat,

by kryteria oceny oferty były formułowane w sposób, który pozwoli na wybór oferty rzeczywiście najbardziej korzystnej z punktu widzenia istniejących potrzeb. Oznacza to w praktyce konieczność ustalenia właściwych proporcji w zakresie wagi poszczególnych kryteriów. Nie mogą to być ustalenia dowolne, prowadzące do sytuacji, w których oferta obiektywnie zdecydowanie korzystniejsza, na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ustępuje ofercie z istotnie odroczonym terminem płatności. Tego rodzaju postępowanie byłoby równoznaczne z naruszeniem art. 27d ust. 1 uzp."

Reasumując, Sąd Najwyższy zwrócił również uwagę, że „Jeśli zatem dochodzi do sytuacji, w której sformułowane kryteria mają charakter sztuczny, a zatem ich celem jest w istocie stworzenie korzystniejszej pozycji konkurencyjnej dla poszczególnych podmiotów, to należy uznać, że tego rodzaju praktyka narusza art. 16 ustawy. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dotyczy to także kryterium terminu płatności; jego znaczenie musi odpowiadać określonej potrzebie zamawiającego i pozostawać w



rozsądnych proporcjach do pozostałych kryteriów, w szczególności do ceny, nie sposób bowiem przyjąć, że bilansowanie ceny i określenie terminu płatności może mieć charakter czysto uznaniowy.”

W przypadku stosowania kryterium terminu płatności zamawiający powinien pamiętać o terminach wynikających z ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 893). Zgodnie z art. 5 tej ustawy, jeżeli strony transakcji handlowej, z wyłączeniem podmiotu publicznego będącego podmiotem leczniczym, przewidziały w umowie termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel, który nie jest dużym przedsiębiorcą, może żądać odsetek ustawowych po upływie 30 dni, liczonych od dnia spełnienia swojego świadczenia i doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, do dnia zapłaty, ale nie dłużej niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego

### **Kryterium zatrudniania na podstawie umów o pracę**

Możliwość zastosowania jako kryterium oceny ofert wymagania, aby wykonawcy zatrudniali na podstawie umów o pracę osoby, które będą dedykowane do wykonania danego zamówienia, budzi szereg wątpliwości zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie.

Na podstawie art. 241 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r., KIO 486/17, KIO 492/17 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w opinii do projektu nowelizacji ustawy Pzp dokonanej przez Radę Ministrów, wskazano między innymi, że pomysł wymuszania przez zamawiających na wykonawcach zatrudnienia pracowników na etatach może budzić silny opór, gdyż wprowadzenie takiego wymogu może prowadzić do dyskryminacji przedsiębiorców, którzy zatrudniają pracowników na umowach cywilnoprawnych. Nadto wskazano iż narzucenie konkretnej formy zatrudnienia wkracza w dziedzinę wolności działalności gospodarczej wykonawcy, czy podwykonawcy, realizujących zamówienie publiczne (...) należy mieć na uwadze, iż cel unijnych regulacji odnoszących się do szeroko rozumianych względów społecznych, powinien być definiowany w kontekście

brzmienia motywu 33 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym warunki realizacji zamówienia są zgodne z dyrektywą, pod warunkiem że nie są one bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej tzw. klauzula zatrudnienia pracowniczego odnosi się do warunków realizacji zamówienia publicznego, a nie cech, które powinien posiadać podmiot ubiegający się o jego udzielenie. Zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę nie jest bowiem kryterium wyboru wykonawcy ani kryterium udzielenia zamówienia. Zaakceptowanie kryterium zatrudnienia osób na umowę o pracę przed terminem składania ofert prowadziłoby do wypaczenia istoty zamówień publicznych tj. niedopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców a w szczególności małych i średnich przedsiębiorców, którzy są w stanie dane zamówienie w sposób prawidłowy wykonać. Stawianie takich kryteriów oceny ofert mogłoby spowodować nieuzasadnione zawężenie rynku wykonawców tylko do jednego lub kilku dużych wykonawców, którzy jak w tym postępowaniu przystępujący po stronie Zamawiającego A. i C. mogą w ramach grupy kapitałowej wskazać maksymalną ilość osób spełnić w maksymalnym stopniu postawione kryterium. Akceptacja stanowiska zamawiającego w tym zakresie, mogłaby doprowadzić do sytuacji, że kolejni zamawiający mogliby stawiać podobny warunek wymagając np. kilku bądź nawet kilkunastomiesięcznego wcześniejszego zatrudnienia na umowę o pracę, a to w sposób zasadniczy pozbawiłoby wiele firm możliwości ubiegania się o zamówienia.

Zamawiający nie może ustalać takich kryteriów oceny ofert i przyznawania im takiej wagi, które de facto już na etapie składania ofert przesądzą o wyborze oferty określonego wykonawcy. Zastosowanie wadliwego kryterium prowadzi do niezapewnienia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się z argumentacją zamawiającego, że większą gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia daje zespół osób, którzy np. pracują u danego wykonawcy, nad różnymi projektami, w różnych zamówieniach zatrudnionymi np. na części etatu niż wieloletni zespół realizujący projekty, którego członkowie są związani z wykonawcą umowami cywilnoprawnymi. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 6 września 2018 r., KIO 1696/18.



# Okres ważności wadium i termin związania ofertą

W PRZYPADKU WYSTĄPIENIA ZDARZENIA UZASADNIAJĄCEGO ZATRZYMANIE WADIUM W OSTATNIM DNIU WAŻNOŚCI GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ NIE ZAWSZE REALNIE MOŻLIWE BYŁOBY ZGŁOSZENIE GWARANTOWI ŻĄDANIA ZAPŁATY PRZED UPŁYWEM TERMINU OKREŚLONEGO JAKO KOŃCOWY DLA ZGŁOSZENIA ROSZCZEŃ Z GWARANCJI.

Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp2004 (aktualnie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp) przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, mimo że wskazany wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, w konsekwencji czego oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

W gwarancji ubezpieczeniowej złożonej z ofertą określono jej okres ważności od dnia 8 września 2020 r. do dnia 7 października 2020 r., a więc w okresie 30 dni związania ofertą oraz wskazano, że wszelkie roszczenia odnośnie gwarancji gwarant powinien otrzymać w terminie ważności gwarancji, w tym także drogą elektroniczną z podpisem elektronicznym kwalifikowanym.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jeżeli zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęłoby do gwaranta po dniu 7 października 2020 r., zamawiający nie uzyskałby z niej zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się jeszcze w okresie ważności gwarancji. Tymczasem nie tylko hipotetycznie zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium może również wystąpić w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku, oczywiste jest, że nie zawsze byłoby możliwe zgło-

szenie żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. Odwołujący zwrócił również uwagę, że gwarancja ubezpieczeniowa mająca zabezpieczyć roszczenia zamawiającego wynikające z ustawy prawo zamówień publicznych, która nakłada na zamawiającego obowiązek złożenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy zamawiających oraz zawiera postanowienia w istocie skracające okres ważności gwarancji poniżej okresu związania ofertą. Taka gwarancja nie spełnia wymogu przedłożenia wadium na okres związania ofertą, a jednocześnie w porównaniu do wadium wniesionego w formie pieniężnej, w sposób istotny ogranicza prawa zamawiającego, co nie powinno mieć miejsca. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał wyroki z dnia 9 lipca 2020 r., KIO 952/20 oraz z dnia 22 czerwca 2020 r., KIO 642/20.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą. Ponadto, w przypadku wadium wnoszonego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy

zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w Pzp2004. Dokument gwarancyjny nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, niepozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Tylko taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium.

W przypadku, gdy gwarancja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiada powyższym warunkom, powstałe wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 k.c.). I tak, jeżeli z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimkolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjęć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą (tak w wyroku z dnia 27 sierpnia 2013 r. KIO 1988/13)."

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego swego rodzaju kary za nienależyte zachowanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dochodzenie przez zamawiającego roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej winno być stosunkowo łatwe, a zabezpieczenie wniesione przez uczestników przetargu powinno pozostawać w dyspozycji organizatora przez cały okres związania ofertą danego uczestnika."

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że analiza treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez wykonawcę, biorąc pod uwagę treść oświadczenia gwaranta, nie zabezpiecza w pełni interesu zamawiającego w całym okresie

ważności gwarancji, co też skutkuje brakiem możliwości stwierdzenia, iż wadium wniesione przez wykonawcę zostało wniesione w sposób prawidłowy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej analiza treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez wykonawcę prowadzi do wniosku, że w przypadku, gdyby zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęło do gwaranta po dniu 7 października 2020 r. zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji. Powyższe wprost wynika z treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej („wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji”). Słusznie w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podniósł odwołujący, że w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji ubezpieczeniowej nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że problem ten był przedmiotem rozważań w wyroku z dnia 9 lipca 2020 r., KIO 952/20, w których wskazano, że „Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc.” (por. także wyrok z dnia 16 maja 2017 r., KIO 802/17).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej za prawidłowe należało zatem uznać stanowisko odwołującego, że wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą (okres ważności gwarancji w niniejszej sprawie odpowiadał terminowi związania ofertą). Wadium powinno zabezpieczać interes zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że zamawiający powinien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione. Tym samym z treści gwarancji powinno wynikać w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, aby realnie możliwe było zaspokojenie roszczeń beneficjenta przez cały okres ważności wadium.

Natomiast wadliwość gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez wykonawcę polega na ewidentnym ograniczeniu – w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu – możliwości zaspokojenia roszczeń zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu ważności gwarancji wadium (będącym jednocześnie ostatnim dniem terminu związania ofertą).

Co więcej Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że nie ma znaczenia okoliczność, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określił szczegółowych wymagań co do treści wadium składanego w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Takie uszczegółowienie wymagań nie jest niezbędne, bowiem ustawodawca na równi postawił formy wadium określone w art. 45 ust. 6 Pzp2004 mimo występujących między nimi różnic dotyczących np. terminu uzyskania wadium przez zamawiającego. Kluczowe jest to, aby zamawiający w sytuacji zaistnienia podstawy do zatrzymania wadium mógł realnie zrealizować swoje prawo w tym zakresie w całym w okresie ważności wadium niezależnie od formy w jakiej jest ono wnoszone. Wyrok z dnia 3 listopada 2020 r. KIO 2486/20 został utrzymany w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 2 lutego 2021 r., V Ga 328/20.

W wyrokach z dnia z dnia 15 października 2021 r., KIO 2806/21 oraz 26 listopada 2021 r., KIO 3362/2021 Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła stanowisko przeciwnie. W wyroku KIO 2806/21 uznano, że „że żaden przepis ustawy Pzp nie wskazuje, że do okresu ważności wadium należy doliczyć kolejne dni, na zabezpieczenie wykonania czynności przez Zamawiającego. Wadium ma bowiem zostać ustanowione w celu zabezpieczenia okresu związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego

tak, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres, w jakim wykonawca związany jest jej treścią. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w odniesieniu do okresu ważności wadium może być wyłącznie sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym wykonawca pozostaje związany ofertą. Nie ma tutaj miejsca ani podstawy prawnej dla rozróżnienia formalnego okresu ważności wadium i „faktycznego” terminu, dłuższego niż okres związania ofertą, dającego „możliwość zatrzymania wadium” przez Zamawiającego. Za zgodne z ustawą Pzp należy zatem uznać wadium, którego okres obowiązywania zabezpiecza okres związania ofertą, tak jak ma to miejsce w przypadku gwarancji złożonej przez Odwołującego.”

W wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., KIO 3362/2021 Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że „Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp. Ze wskazanego przepisu jednoznacznie wynika, że graniczną datą, jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium, jest termin związania ofertą. Z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby termin ważności wadium w formie m.in. gwarancji ubezpieczeniowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego, miał być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną ilość dni – a do tego właśnie odnosił się zarzut i propozycja Odwołującego (wyrażona w trakcie rozprawy z udziałem stron).

Zacytowany powyżej art. 97 ust. 5 ustawy Pzp zamówień publicznych wskazuje, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. Zrównanie terminu ważności gwarancji ubezpieczeniowej z terminem związania ofertą nie może zostać uznane jako czynność wadliwa i nie może prowadzić do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkować by miało odrzuceniem oferty Wykonawcy. Trafnie zauważył Zamawiający, że przyjęta przez Odwołującego hipoteza prowadziłaby do wniosku, że wadium wniesione w postaci pieniądza traciłoby wcześniej ważność niż wadium wniesione w innej postaci, co jest nie do przyjęcia na gruncie regulacji ustawowej.”

W wyroku z dnia 2 czerwca 2022 r., KIO 1292/22 zwrócono uwagę, że należy odróżnić termin ważności wadium od terminu zgłaszania gwarantowi roszczeń z tytułu wadium. Skład orzekający potwierdził, że okres ważności wadium musi odpowiadać terminowi związania ofertą i brak jest ustawowych podstaw do żądania wniesienia wadium na okres dłuższy, ponieważ wynika to wprost z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp. Skład orzekający zwrócił natomiast uwagę, że zarówno zamawiający, jak i przystępujący, bezpodstawnie opierali swoją argumentację na przepisie art. 97 ust. 5 ustawy Pzp i tezie o braku możliwości żądania wniesienia wadium na okres dłuższy niż określony w tym przepisie. Należy bowiem odróżnić termin ważności wadium od terminu zgłaszania gwarantowi roszczeń z tytułu wadium.

Ocena zarzutu wymagała odpowiedzi na pytanie, czy wadium wniesione przez przystępującego daje zamawiającemu pewność zaspokojenia jego roszczeń z tytułu zdarzeń, które wystąpią w okresie ważności gwarancji. Taka bowiem jest funkcja wadium i temu służy określony w art. 97 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek utrzymania wadium nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Przepis ten ma zapewnić, że jeśli w okresie terminu związania ofertą wystąpi podstawa do zatrzymania wadium, to roszczenia Zamawiającego z tego tytułu zostaną zaspokojone. Wadium można uznać za skutecznie zabezpieczające ofertę przez cały okres związania ofertą, jeżeli zamawiający ma możliwość skutecznego zgłoszenia żądania zapłaty w każdej sytuacji, gdy zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium zaistniało w tym okresie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej tak też rozumiał tę kwestię zamawiający, wprost wskazując w SWZ, że wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu i dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Treść gwarancji ubezpieczeniowej przystępującego prowadziła do wniosku, że roszczenia zamawiającego dotyczące zdarzeń zaistniałych w okresie ważności gwarancji nie zostaną zaspokojone, jeśli żądanie zapłaty nie zostanie zgłoszone w terminie ważności gwarancji. Żaden przepis ustawy Pzp nie określa natomiast terminu wystąpienia przez zamawiającego do gwaranta z żądaniem



zapłaty. Przyjąć więc należy, że powinno to nastąpić bez zbędnej zwłoki, czyli tak szybko jak to możliwe w normalnym toku czynności. Postanowienie gwarancji ubezpieczeniowej zobowiązujące do zgłoszenia żądania zapłaty w terminie jej ważności stanowi więc niezasadne zawężenie możliwości dochodzenia przez zamawiającego kwoty należnej z tytułu wadium, nie zawsze bowiem w praktyce będzie możliwe zgłoszenie żądania zapłaty w terminie ważności wadium, w szczególności, gdy podstawy do jego zatrzymania zaktualizują się w ostatnim dniu tej ważności.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone m. in. w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r., KIO 2486/20, w którym – w podobnym stanie faktycznym – stwierdzono, że w przypadku, gdyby zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęło do gwaranta po konkretnej dacie, tj. 7 października 2020 r. Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji. Powyższe wprost wynika z treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej („wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji”). Innymi słowy, treść złożonej przez Konsorcjum (...) gwarancji ubezpieczeniowej obligowała Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej gwarancją do upływu okresu ważności gwarancji. Słusznie w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podniósł Odwołujący, że w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Powyższy wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Częstochowie z 5 lutego 2021 r. sygn. akt V Ga 328/20.”

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że analogiczny pogląd został wyrażony w wyroku z dnia 9 lipca 2020 r., KIO 952/20: „jeżeli zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęłoby do gwaranta po konkretnie wskazanej dacie 3 kwietnia 2020 r., Zamawiający nie uzyskałby z niej zaspokojenia swoich roszczeń, choćby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się jeszcze w okresie ważności gwarancji. Tymczasem nie tylko hipotetycznie zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium może również wystąpić w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku, zwłaszcza biorąc pod uwagę formalności,

które musi dopełnić Zamawiający (...), oczywiste jest, że nie zawsze byłoby możliwe zgłoszenie żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc. Natomiast w tym przypadku gwarant zastrzegł jedynie na swoją korzyść 14-dniowy termin na wypłatę gwarantowanej sumy od chwili skutecznego, czyli m.in. złożonego przed upływem terminu związania ofertą, zgłoszenia żądania zapłaty.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, uwzględniając konieczność zapewnienia skutecznego uzyskania przez zamawiającego zapłaty kwoty wadium, przystępujący wniósł wadium nieprawidłowo. Dodatkowo Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że wszelkie ewentualne wątpliwości w tym zakresie eliminowała treść SWZ, w której zamawiający wskazał, że wadium wniesione w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, a dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie ulegało wątpliwości, że wadium wniesione przez przystępującego, z uwagi na zrównanie terminu ważności gwarancji z terminem zgłaszania roszczeń o zapłatę, nie ma takiej płynności jak gotówka – w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu zamawiający byłby uprawniony do złożenia oświadczenia o zatrzymaniu wadium również po upływie terminu związania ofertą, jeśli podstawa zatrzymania zaistniała w okresie związania ofertą. W przypadku gwarancji przedstawionej przez przystępującego dochodzenie zapłaty kwoty wadium może być utrudnione. W sytuacji bowiem, gdyby zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium zaistniało na krótko przed upływem terminu, na który zabezpieczenie zostało ustanowione, to zamawiający mógłby być pozbawiony możliwości uzyskania zapłaty, znalazłby się zatem w istotnie gorszej sytuacji niż w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu.



# Równe traktowanie wykonawców przy badaniu rażąco niskiej ceny

**ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW W PROCESIE PROWADZENIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO MA ZASTOSOWANIE DO WSZYSTKICH CZYNNOŚCI PODEJMOWANYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO W POSTĘPOWANIU, TAKŻE DO CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO PODJĘTYCH W PROCESIE BADANIA OFERT WYKONAWCÓW W KONTEKŚCIE ZAOFEROWANIA RAŻĄCO NISKIEJ CENY ZA REALIZACJĘ PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.**

W dniu 6 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum T. oraz T., (...) (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu m. in. zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp2004, tj. zaniechanie odrzucenia w części nr 1 oferty L., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a L. nie złożyło odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp2004, tj. zaniechanie wezwania L. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp2004.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m. in. naruszenie art. 90 ust. 1-3 Pzp2004 poprzez zaniechanie wezwania L. do złożenia wyjaśnień, pomimo iż istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp2004 poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów Pzp2004). Jak Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, Zamawiający we-

zwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004 (aktualnie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp) Odwołującego oraz konsorcjum N.G. i C.O. Natomiast wykonawca L. nie został wezwany do złożenia wyjaśnień, pomimo iż różnica w cenach za realizację zamówienia pomiędzy Odwołującym, a wykonawcą L. wynosiła zaledwie 353 500 złotych.

Cena oferty Odwołującego stanowiła 28,9 % wartości zamówienia powiększonej o VAT. Cena oferty wykonawcy L. wynosiła 25,5 % wartości zamówienia powiększonej o VAT. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ulegało więc wątpliwości, iż różnice cenowe pomiędzy Odwołującym, a wykonawcą L. były nieznaczne. Dlatego też zasadne było ustalenie jakimi obiektywnymi i weryfikowalnymi przesłankami kierował się Zamawiający wzywając jednego z wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004, a zaniechając wezwania drugiego wykonawcy.

Zamawiający jednak ani w złożonym podczas posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej piśmie procesowym ani podczas rozprawy nie przedstawił żadnego stanowiska w powyższej kwestii. Na pytanie Krajowej Izby Odwoławczej, jakie okoliczności spowodowały zaniechanie wezwania wykonawcy L. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004 pomimo, iż różnice cenowe pomiędzy ofertą Odwołującego a

wykonawcy L. były nieznaczące, Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż cena oferty Odwołującego była bliżej progu 30 % wartości zamówienia. W aktach postępowania brak było również jakiegokolwiek dokumentu, na podstawie którego Krajowa Izba Odwoławcza mogłaby zweryfikować czy Zamawiający dokonał badania i analizy oferty wykonawcy L. w zakresie wyceny kosztów realizacji zamówienia i jakie okoliczności sprawiły, że nie miał wątpliwości co do prawidłowości wyceny zamówienia przez wykonawcę L.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie wykazał podczas postępowania odwoławczego z jakich powodów uznał, że pomimo niewielkiej różnicy cenowej pomiędzy ofertami Odwołującego oraz wykonawcy L. uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości i realności wyceny zamówienia Zamawiający powziął wyłącznie w stosunku do oferty Odwołującego, nie zaś w stosunku do obu wykonawców.

Bierności Zamawiającego i braku przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia swoich decyzji potwierdziły słuszność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp2004. Nie sposób bowiem przyjąć, że Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do wyceny kosztów realizacji zamówienia przez Odwołującego, a takich wątpliwości nie miał wobec wyko-

nawcy L. pomimo nieznaczonej różnicy cenowej w ofertach tych wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający w sposób nierówny potraktował wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji. Obaj wykonawcy złożyli oferty w postępowaniu, obaj wykonawcy dążyli do uzyskania zamówienia, obaj wykonawcy zaoferowali zbliżone ceny za realizację zamówienia i pomimo, iż znajdowali się w podobnej sytuacji Zamawiający wezwał wyłącznie jednego z nich do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu prezentowanego przez Zamawiającego oraz przystępującego L., że przy wynagrodzeniu ryczałtowym zamawiający nie jest uprawniony do badania i analizowania danego składnika ceny, gdy dany składnik nie pozostaje istotny dla wyceny oferty. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej takie uprawnienie Zamawiający posiada nawet w przypadku, gdy przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy.





# Samodzielne składanie, poprawianie i uzupełnianie podmiotowych środków dowodowych

SUBSTYTUTU WEZWANIA NIE MOŻE STANOWIĆ SAMODZIELNE UZNANIE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO, ŻE WYKONAWCA SPEŁNIŁ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU LUB NIE ZACHODZĄ WZGLĘDEM NIEGO PODSTAWY WYKLUCZENIA. DOMNIEMANIE TAKIE NIE MOŻE MIEĆ MIEJSCA NAWET W SYTUACJI, GDY ZAMAWIAJĄCY POSIADA OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY WYMAGANE PRZEZ ROZPORZĄDZENIE, NA SKUTEK ZŁOŻENIA ICH PRZEZ WYKONAWCĘ WRAZ Z OFERTĄ.

## **Zasady składania podmiotowych środków dowodowych w przetargu nieograniczonym i trybie podstawowym**

W postępowaniach prowadzonych w trybach przetargu nieograniczonego i podstawowym do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 125 ust. 1 i art. 273 ust. 2 ustawy Pzp).

W trybie przetargu nieograniczonego oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „JEDZ”.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo za-

stępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 1267 ust. 1 ustawy Pzp).

W trybie podstawowym zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 274 ust. 1 ustawy Pzp).

W postępowaniach prowadzonych w trybach przetargu nieograniczonego i podstawowym niedopuszczalne jest więc żądanie od wykonawcy dołączenia do oferty (złożenia wraz z ofertą) podmiotowych środków dowodowych. W trybach przetargu nieograniczonego i podstawowym zamawiający nie może również w ogłoszeniu o zamówieniu lub SWZ dopu-

ści złożeń wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych.

### **Złożenie wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych**

W orzecznictwie słusznie zwraca się uwagę, że problematyka samodzielnego złożenia i uzupełniania podmiotowych środków dowodowych oraz oceny jego skutków ma złożony charakter. Na przestrzeni kilku lat w orzecznictwie były prezentowane różne stanowiska. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie ukształtowała się jednolita linia orzecznicza dotycząca postępowania zamawiającego w przypadku samodzielnego złożenia wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych. Przepisy art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazują na obowiązek wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Z drugiej strony podkreślenia jednak wymaga, że przepisy ustawy Pzp nie zakazują wykonawcy nie tylko złożenia wraz z ofertą podmiotowych środków, ale także złożenia wraz z ofertą wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych lub wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

W uchwale z dnia 27 lutego 2019 r., KIO/KD 13/19, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do art. 26 ust. 1 Pzp2004 (aktualnie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), uznała, że „Zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 zd. 1 Pzp2004 zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Tym samym ustawodawca nadał obligatoryjny charakter wezwaniu wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Oznacza to, że w postępowaniach, w których zastosowanie ma art. 26 ust. 1 Pzp2004, substytutu wezwania nie może stanowić samodzielne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu

lub nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia, nawet w sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty wymagane przez rozporządzenie, na skutek złożenia ich przez wykonawcę wraz z ofertą.” Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na wyrok z dnia 25 stycznia 2017 r. KIO 103/17 zwróciła uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się co najwyżej zastąpienie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp2004 wezwaniem do potwierdzenia aktualności dokumentów, które wykonawca złożył wraz z ofertą. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej za niedopuszczalne należy uznać zupełne zaniechanie wezwania wykonawcy do przekazania dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp2004 lub informacji pozwalających na weryfikację aktualności tych dokumentów po uznaniu oferty wykonawcy za najwyżej ocenioną.

W wyroku z dnia 19 stycznia 2021 r., KIO 3464/20 skład orzekający uznał, że substytutu wezwania nie może stanowić samodzielne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu lub nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia. Domniemanie takie nie może mieć miejsca nawet w sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty wymagane przez rozporządzenie, na skutek złożenia ich przez wykonawcę wraz z ofertą. Zamawiający nie ma bowiem wiedzy, czy w okresie między złożeniem oferty a wyborem najkorzystniejszej oferty, w sytuacji podmiotowej wykonawcy nie nastąpiły zmiany, które skutkowałyby koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła wyjątkowo zastąpienie wezwania do złożenia dokumentów wezwaniem do potwierdzenia aktualności dokumentów, które wykonawca złożył wraz z ofertą.

Dopuszczalność żądania potwierdzenia, że złożone wraz z ofertą podmiotowe środki dowodowe są nadal aktualne nie wynika z przepisów ustawy ani 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). Po raz pierwszy pogląd o dopuszczalności żądania potwierdzenia, że złożone samodzielnie bez wezwania podmiotowe środki dowodowe są nadal aktualne, został wyrażony w wyroku z dnia 25 stycznia 2017 r. KIO 103/17.

Podkreślenia wymaga, że nawet w sytuacji złożenia podmiotowych środków dowodowych bez wezwania

wykonawcy, zamawiający może przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni (w trybie podstawowym) lub 10 dni (w przetargu nieograniczonym), aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W przypadku złożenia wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych, które potwierdzają brak podstaw wykluczenia z postępowania i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wezwanie wykonawcy do złożenia tych podmiotowych środków dowodowych może wydawać się nieuzasadnione chociażby ze względu na sprawność postępowania.

Czy wezwanie wykonawcy do potwierdzenia, że złożone wraz z ofertą podmiotowe środki dowodowe są nadal aktualne, zawsze będzie konieczne?

Takie wezwanie będzie uzasadnione w przypadku podmiotowych środków dowodowych, których aktualność może ulec zmianie po ich złożeniu, np.: wykazu narzędzi i wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, informacji z Krajowego Rejestru Karnego, oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający ma prawo oczekiwać, że wykonawca do zawarcia umowy będzie w stanie niepodlegania wykluczeniu z postępowaniu.

Czy wezwanie wykonawcy do potwierdzenia, że złożone wraz z ofertą podmiotowe środki dowodowe są nadal aktualne, będzie konieczne np. w przypadku, gdy wykonawca złożył wraz z ofertą wykaz robót budowlanych oraz dowody określające, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, jeżeli z wykazu robót budowlanych wykonanych i referencji wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca wykonał takie roboty na rzecz zamawiającego lub zamawiający posiada wiedzę, że takie roboty zostały wykonane należycie na rzecz innego zamawiającego lub inwestora nie będącego zamawiającym. Jeżeli aktualność takiego wykazu i referencji pozostaje bez zmian, wezwanie do potwierdzenia ich aktualności byłoby nazbyt daleko idącym formalizmem, skutkują-

cym przedłużeniem postępowania. Podobnie w przypadku sprawozdania finansowego albo jego części, określających w przychody oraz aktywa i zobowiązania – za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością oraz zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego.

### **Samodzielne złożenie, poprawienie lub uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych**

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie ukształtowała się również jednolita linia orzecznicza dotycząca postępowania zamawiającego w przypadku samodzielnego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, bez wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 28 listopada 2017 r., KIO 2343/17, KIO 2344/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że samodzielne uzupełnianie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004, niepoprzedzone wezwaniem przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 przez wykonawców, jest niedopuszczalne i nie może rodzić żadnych skutków, sprzeciwia się temu zarówno literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp2004, jak i zasada równego traktowania wykonawców wskazana art. 7 ust. 1 Pzp2004. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość i zgodność z obowiązującymi przepisami. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp2004 nie pozostawia wątpliwości, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest obligatoryjną, poza wyjątkami przewidzianymi w treści tego przepisu, czynnością podejmowaną z inicjatywy zamawiającego. Dlatego w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej fakt, iż wykonawca samodzielnie uzupełnił dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie zwalnia zamawiającego z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, gdyż zgodnie z brzmieniem tego przepisu jedynymi okolicznościami, które uprawniają zamawiającego do rezygnacji z obowiązku wezwania jest ko-

nieczność odrzucenia oferty albo konieczność unieważnienia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w art. 26 ust. 3 Pzp2004 ustawodawca posłużył się klauzulami bezwzględnie obowiązującymi, że to zamawiający wzywa wykonawców oraz, że dokumenty składane są na wezwanie zamawiającego, z czego można wysnuć wniosek, że inicjatywa w zakresie uzupełniania dokumentów znajduje się całkowicie w rękach zamawiającego (por. wyrok z dnia 28 lipca 2011 r., KIO 1521/11, z dnia 27 października 2011 r., KIO 2209/11, z dnia 19 maja 2014 r., KIO 846/14, z dnia 26 listopada 2013 r., KIO 2629/13). Krajowa Izba Odwoławcza uznała, wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego uzupełniania wadliwych, czy też niepełnych dokumentów oferty. Uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu powinno się odbywać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w drodze procedury opisanej w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp2004.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej to na zamawiającym ciąży obowiązek oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udziele-

nie zamówienia, to on bada wszystkie przedstawione mu wraz z ofertami dokumenty i oświadczenia. Jest to jedyna droga, na której powinny i mogą być uzupełniane w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że akceptacja możliwości samo uzupełniania przez wykonawcę brakujących lub źle pierwotnie złożonych dokumentów lub oświadczeń mogłaby doprowadzić do prób wielokrotnego uzupełniania takich dokumentów lub oświadczeń na tę samą okoliczność co w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jest niedopuszczalne.

W wyroku z dnia 1 czerwca 2020 r., KIO 529/20 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w przypadku, gdy wykonawca bez wezwania zamawiającego do uzupełnienia samodzielnie uzupełni dokumenty (przed skierowaniem do niego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004) zamawiający nie zostaje zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli złożone przez niego pierwotnie dokumenty nie są wystarczające do potwierdzenia spełniania m.in. warun-



ków udziału w postępowaniu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej taki obowiązek wynika z treści art. 26 ust. 3 Pzp2004.

Po pierwsze, w przepisie tym użyto sformułowania „zamawiający wzywa”, które oznacza obowiązek wezwania po stronie zamawiającego.

Po drugie, jedyne przewidziane w przepisie okoliczności, które zwalniają zamawiającego z tego obowiązku zostały określone jako: „chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Tym samym jedynie konieczność odrzucenia oferty lub konieczność unieważnienia postępowania zwalnia zamawiającego z obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp2004. Okolicznością zwalniającą z tego obowiązku, jak wynika z treści przepisu, nie jest natomiast fakt, że wykonawca z własnej inicjatywy jakieś dokumenty uzupełnił.

Po trzecie, nie można zgodzić się z tezą, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia po jego wcześniejszym samo uzupełnieniu określonych dokumentów, stanowi ponowne wezwanie. Jeżeli wykonawca nie czekając na wezwanie samodzielnie uzupełnił dokumenty, to znaczy, że wezwanie go następnie przez zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 będzie w istocie pierwszym wezwaniem, a nie ponownym.

Po czwarte, w świetle art. 7 ust. 1 Pzp2004, wykonawca ma prawo otrzymać od zamawiającego precyzyjne informacje co do tego, które pierwotnie złożone przez niego dokumenty i w jakim zakresie nie są wystarczające do wykazania spełnienia m.in. warunków udziału w postępowaniu i co w takiej sytuacji ma uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004. Dopiero bowiem jednoznaczna informacja od zamawiającego w ww. zakresie daje wykonawcy realną możliwość prawidłowego uzupełnienia dokumentów i wykazania spełnienia m.in. warunków udziału w postępowaniu. Zatem, niezależnie od obowiązków wprost wynikających z treści art. 26 ust. 3 Pzp2004, z których jak wskazano już wyżej, nie zwalnia zamawiającego samo uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, brak wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 naruszałby również wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp2004 prawo wykonawcy do otrzymania precyzyjnej informacji, co musi uzupełnić, i co za tym idzie – prawo do rzeczywistej możliwości prawidłowego uzupełnienia dokumentów. Samodzielne uzupełnienie dokumentów, bez wezwa-

nia ze strony zamawiającego, nie odbiera wykonawcy ww. praw. W konsekwencji, zaniechanie właściwego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 do uzupełnienia dokumentów (np. z powodu samo uzupełnienia), nie daje zamawiającemu podstaw do wykluczenia tego wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004 (aktualnie odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że jeżeli wykonawca samodzielnie, bez wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004, uzupełni dokumenty, na zamawiającym w dalszym ciągu ciąży obowiązek precyzyjnego wezwania wykonawcy na podstawie tego przepisu do uzupełnienia dokumentów w koniecznym zakresie. Odstępstwo od tego obowiązku może dotyczyć jedynie sytuacji, gdy wykonawca mimo braku wezwania, samodzielnie uzupełni dokumenty w takim zakresie, jaki rzeczywiście jest potrzebny do wykazania np. warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji bowiem (czyli po prawidłowym samo uzupełnieniu) nie zachodzi już przesłanka, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, tj. brak złożenia oświadczeń lub dokumentów, ich niekompletność, błędy lub wątpliwości po stronie zamawiającego. Zatem jedynie po prawidłowym samo uzupełnieniu, w świetle ww. przepisu, zamawiający może zostać zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia.

Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyrokach: z dnia 20 lutego 2015 r., KIO 213/15, KIO 214/15 i KIO 215/15, z dnia 2 listopada 2015 r., KIO 2243, KIO 2256 i KIO 2262/15, z dnia 11 lipca 2016 r., KIO 1122/16, z dnia 10 stycznia 2017 r., KIO 172/17, z dnia 17 sierpnia 2017 r., KIO 1597/17, z dnia 2 listopada 2017 r., KIO 2007/17 i 2014/17 oraz z dnia 23 października 2017 r., KIO 2099/17.

W wyroku z dnia 17 sierpnia 2017 r., KIO 1597/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że problematyka samodzielnego uzupełniania dokumentów i oceny jego skutków ma złożony charakter. Z jednej strony trzeba mieć na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość, tj. zgodność z obowiązującymi przepisami.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp2004 (aktualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) nie pozostawia wątpliwości, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest obligatoryjną, poza wyjątkami przewidzianymi w treści samego przepisu,

czynnością podejmowaną z inicjatywy zamawiającego.

Z drugiej jednak strony przepisy Pzp2004 nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów nawet bez wspomnianego wezwania. Może się bowiem zdarzyć sytuacja, w której zamawiający – pomimo wspomnianego obowiązku wezwania wykonawcy – czynności tej bezprawnie zaniecha, co nie tylko stanowić będzie naruszenie przepisów Pzp, ale skutkować może negatywnymi konsekwencjami dla samego wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza za zasadne uznała przyjęcie generalnej zasady, zgodnie z którą w przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu powinien być on wzięty pod uwagę przez zamawiającego, zaś w sytuacji samodzielnego przedstawienia dokumentu zawierającego błędy zamawiający powinien wezwać do jego uzupełnienia wskazując na wady dokumentu.

W wyroku z dnia 20 czerwca 2021 r., KIO 1649/21 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca jest obowiązany uzupełnić dokumenty w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W postępowaniu zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na przesłanie wymaganych dokumentów i wyjaśnień do dnia 29 kwietnia br. i termin ten upłynął bezskutecznie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Aby zatem uczynić zadość obowiązkowi wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów i skorelowanego z tym obowiązkiem uprawnieniu wykonawcy do ich uzupełnienia i wyjaśnienia, zamawiający winien wyznaczyć odwołującemu kolejny termin, w którym odwołujący owe uprawnienie zrealizuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z literalnej wykładni przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca nie może rzeczonych dokumentów uzupełniać z własnej inicjatywy, lecz wyłącznie na wezwanie zamawiającego i w wyznaczonym przez niego terminie. Dokumenty przesłane przez odwołującego w dniu 30 kwietnia 2021 r., jako złożone niezgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie powinny być przez zamawiającego oceniane.

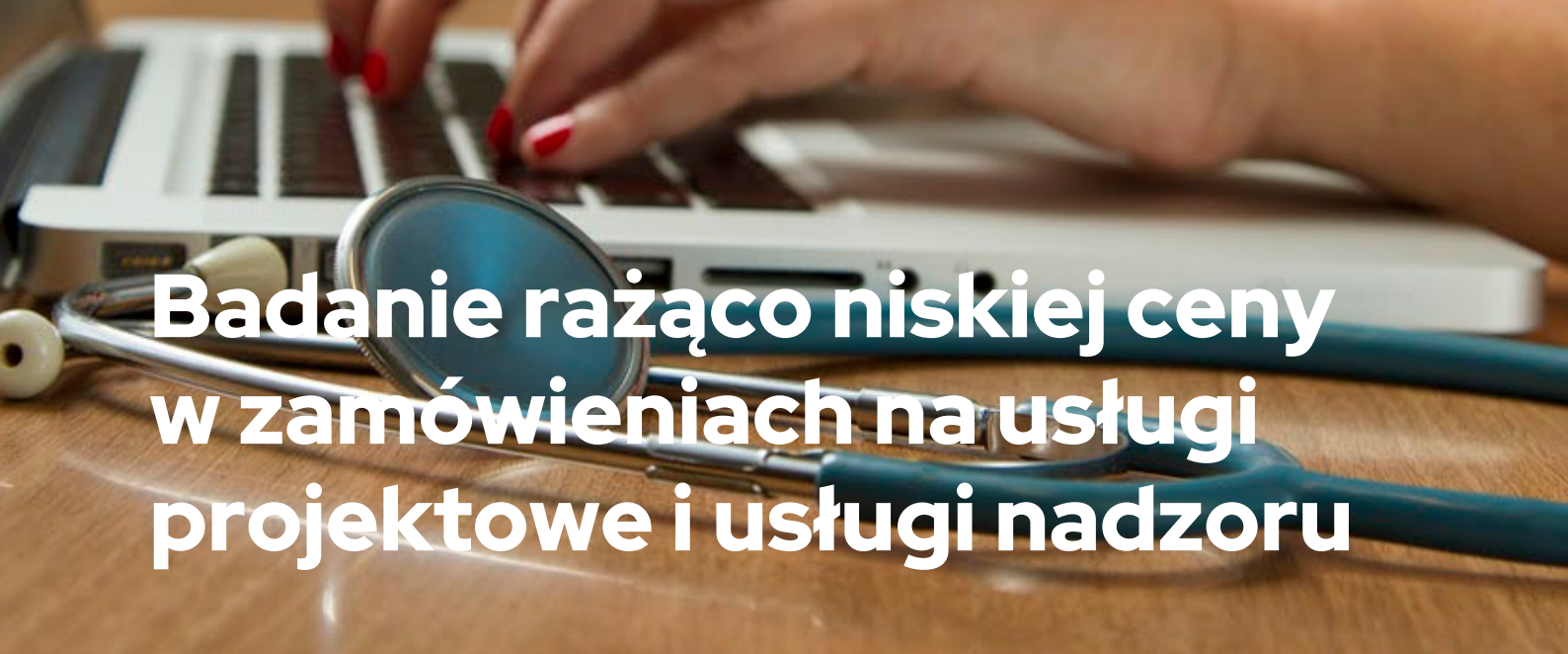
W wyroku z dnia 2 października 2019 r., KIO 1829/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że „ustawodawca w art. 26 ust. 3 Pzp2004 – dla sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty dotknięte są wymienionymi w tym przepisie wadami – użył sformułowania

„wzywa”, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia.

Powołując się na wyrok z dnia 18 maja 2018 r., KIO 781/18 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Z obowiązku wezwania do uzupełnienia zwalnia zamawiającego jedynie sytuacja, w której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ustawodawca nie wymienił innych, poza dwoma wyżej wymienionymi, sytuacji, w których zamawiający mógłby odstąpić od obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w szczególności nie wymienił wśród tych sytuacji okoliczności samo uzupełnienia dokumentu przez wykonawcę. Tym samym samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, jeżeli są one dotknięte wadami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004. Jednocześnie nie można uznać, że takie wezwanie, po wcześniejszym samo uzupełnieniu dokumentu przez wykonawcę, prowadzi do – niedopuszczalnego w świetle jednolitego orzecnictwa – dwukrotnego wzywania. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca jest wzywany do uzupełnienia dokumentu w określonym zakresie tylko raz i tylko raz może go uzupełnić po uprzednim uzyskaniu od zamawiającego informacji, jakie ten stwierdził wady bądź braki. Dodać bowiem należy, że w świetle art. 7 ust. 1 Pzp2004, samo uzupełnienie dokumentów nie pozbawia wykonawcy prawa bycia poinformowanym, podobnie jak inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jakimi konkretnie wadami dotknięte są złożone przez niego dokumenty lub jakich dokumentów on nie złożył oraz jakie dokumenty lub informacje musi w związku z tym uzupełnić.

Wobec powyższego, jeżeli wykonawca uzupełnił dokument z własnej inicjatywy, bez uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004, a dokument ten jest dotknięty określonymi w tym przepisie wadami, zamawiającym jest zobligowany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu na podstawie ww. przepisu.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „w rezultacie w wypadku samo uzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę Zamawiający winien dokonać oceny samo uzupełnionych dokumentów i jeśli są nieprawidłowe – wezwać Wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004, a jeśli są prawidłowe – odstąpić od wzywania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004.”



# Badanie rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi projektowe i usługi nadzoru

W PRZYPADKU USŁUG, KTÓRYCH ZASADNICZĄ POZYCJĘ KOSZTOWĄ STANOWI PRACA OSÓB REALIZUJĄCYCH TAKIE USŁUGI UWZGLĘDNIAJĄCA ICH KWALIFIKACJE, WYKSZTAŁCENIE ORAZ POZYCJĘ NA RYNKU, KOSZTY MATERIAŁOWE, KOSZTY STAŁE ORAZ KOSZTY ZEWNĘTRZNE DLA ŚWIADCZĄCEGO TEGO TYPU USŁUGĘ OSCYLUJĄ W OKOLICACH KILKUNASTU PROCENT CENY CAŁKOWITEJ.

Procedura udzielania wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny jest rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia ofert zawierających cenę nierealną rynkowo.

W wyroku z dnia 31 lipca 2019 r., KIO 1358/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wartość wynagrodzenia za realizację usług opartych na pracy intelektualnej nie zawsze więc musi stanowić miarodajną podstawę do stwierdzenia, że cena całkowita oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku „usług miękkich” (sprawowanie nadzoru archeologicznego) „zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Koszty materiałowe, koszty stałe oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego tego typu usługę oscylują w okolicach kilkunastu procent (niezwykle rzadko przekraczają 20%) ceny całkowitej. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę, po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę, który to aspekt nie stanowił jednak podsta-

wy sporu pomiędzy Stronami. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca, którą ma świadczyć – ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów. Usługi obejmujące nadzory archeologiczne cechują się specyfiką właściwą dla wszystkich usług opartych na pracy intelektualnej wykwalifikowanej kadry – trudnością w przyjęciu szacunkowej wartości takich usług. Powyższe wynika bowiem z faktu, iż o cenie decydują w dużej mierze czynniki niezależne całkowicie od okoliczności związanych z przedmiotem zamówienia – mogących obejmować takie elementy jak: dogodność dla wykonawcy i osób świadczących usługę miejsce realizacji świadczenia, zaangażowanie osób realizujących usługę w inne projekty, w tym projekty położone na zbliżonym obszarze, dodatkowe dochody uzyskiwane przez osoby przewidziane do świadczenia tego typu usług (zatrudnienie w ramach innych stosunków, świadczenia emerytalne, rentowe itp.), znajomość miejsca świadczenia usług (w tym wypadku jego charakteru, historii, dotychczasowych przekształceń terenu) oraz znajomość innych uczestników procesu budowlanego, w tym znajomość potrzeb i specyficznych oczekiwań podmiotu zamawia-

jącego oraz potencjał wykonawczy podmiotu, który będzie realizował roboty budowlane i prace projektowe. Czynniki te powodują bowiem znaczne trudności z oszacowaniem oraz w późniejszy etapie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne, w weryfikacji ceny zaoferowanej przez poszczególnych wykonawców.”

Do „usług miękkich” należy zaliczyć również usługi projektowe, których zasadniczą pozycję kosztową również stanowi praca osób realizujących takie usługi, uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. W wyroku z dnia 17 października 2016 r., KIO 1737/16 uznano, że w przypadku usług, których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku, koszty materiałowe, koszty stałe oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego tego typu usługę oscylują w okolicach kilkunastu procent (niezwykle rzadko przekraczają 20%) ceny całkowitej. Oznacza to, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę (...). Założenie takie jest wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca, którą ma świadczyć – Państwo zaś w tym zakresie poza jej minimalną wartością nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów.

Usługi projektowe również cechują się specyfiką właściwą dla wszystkich usług opartych na pracy intelektualnej wykwalifikowanej kadry i trudnością w ustaleniu szacunkowej wartości takich usług. Wynika to z faktu, że o cenie decydują w dużej mierze czynniki niezależne całkowicie od okoliczności związanych z przedmiotem zamówienia – mogących obejmować takie elementy jak: dogodność dla wykonawcy i osób świadczących usługę miejsce realizacji świadczenia, zaangażowanie osób realizujących w usługę w inne projekty, w tym projekty położone na zbliżonym obszarze, dodatkowe dochody uzyskiwane przez osoby przewidziane do świadczenia tego typu usług (za-trudnienie w ramach innych stosunków, świadczenia emerytalne, rentowe itp.), znajomość miejsca świadczenia usług oraz znajomość innych uczestników

procesu budowlanego, w tym znajomość potrzeb i specyficznych oczekiwań podmiotu zamawiającego oraz potencjał wykonawczy podmiotu, który będzie realizował roboty budowlane i prace projektowe. Czynniki te powodują bowiem znaczne trudności z ustaleniem wartości zamówienia oraz w procedurze wyjaśniania, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

W wyroku z dnia 10 stycznia 2020 r., KIO 2635/19 Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na wyrok z dnia 31 lipca 2019 r., KIO 1358 uznała, że w przypadku kalkulacji ceny za usługi miękkie wykonawca bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób realizujących ww. usługi, które mogą być znacząco zróżnicowane dla poszczególnych wykonawców ze względu na specyfikę takich kosztów. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny zweryfikować i poddać analizie – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Założenie takie wynika z faktu, że przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca, którą ma świadczyć – ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów.





# Kwalifikowany podpis elektroniczny niekompletnie zweryfikowany

PROCES WALIDACJI POLEGA NA SPRAWDZENIU PRZY UŻYCIU DOSTĘPNYCH INFORMACJI, CZY PODPIS ELEKTRONICZNY SPEŁNIA WSZYSTKIE WYMOGI KWALIFIKOWANEGO PODPISU ELEKTRONICZNEGO. JEŻELI WSZYSTKIE WYMAGANIA STAWIANE KWALIFIKOWANEMU PODPISOWI ELEKTRONICZNEMU SĄ SPEŁNIONE TO WALIDATOR ZWRACA WYNIK POZYTYWNY.

W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp2004 wykonawca przekazał żądany JEDZ datowany na 31 stycznia 2020 r.

Przeprowadzona przez zamawiającego w dniu 11 września 2020 r. weryfikacja podpisu, którym został opatrzony JEDZ wykazała, że „weryfikacja przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca”, a status złożonego podpisu elektronicznego został określony jako „niekompletnie zweryfikowany”. Wykryto ostrzeżenia: „Podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 102-1”, a w odniesieniu do kwalifikowanych rozszerzeń stwierdzono: „Certyfikat oznaczony jako certyfikat kwalifikowany – NIE”. Pomimo takiej sytuacji zamawiający zaakceptował oświadczenie wykonawcy złożone w JEDZ i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy.

W ocenie odwołującego, zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp2004, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopusz-

czenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro JEDZ został złożony zamawiającemu w dniu 10 września 2020 r., to na ten moment powinna istnieć możliwość weryfikacji skuteczności i prawidłowości złożenia tego oświadczenia i opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Innymi słowy, dokumenty składane w postaci elektronicznej powinny być przysyłane w taki sposób, aby strona otrzymująca mogła je skutecznie zwalidować. A to – zdaniem odwołującego – oznacza, że wykonawca nie uzupełnił prawidłowo JEDZ, ponieważ nie można potwierdzić, iż został on skutecznie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zdaniem odwołującego zamawiający, uzyskując raport weryfikacji podpisu, który nie jest pozytywny, nie powinien go zaakceptować jako prawidłowy. Wynik, jaki uzyskał zamawiający w raporcie, nie jest wynikiem pozytywnym i nie potwierdza ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Przy walidacji podpisu należy

mieć na względzie wymagania techniczne oraz organizacyjne dotyczące identyfikacji elektronicznej za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego, które stanowią przedmiot regulacji ustawy z dnia 5 września 2016 r. – o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (dalej: „eIDAS”).

Uznanie podpisu kwalifikowanego za prawidłowy i ważny wymaga przeprowadzania procesu walidacji i uzyskania pozytywnego wyniku potwierdzającego jego ważność (art. 32 eIDAS). Walidacja to – zgodnie z art. 3 pkt 41 eIDAS – proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego lub pieczęci. Walidacja rozstrzyga zatem o uznaniu podpisu elektronicznego za kwalifikowany podpis elektroniczny. Ważność kwalifikowanego certyfikatu podpisu elektronicznego w momencie składania podpisu jest wymieniona jako element wymagany w rozporządzeniu eIDAS (art. 32 ust. 1 lit. b) in fine). Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu.

Proces walidacji polega na sprawdzeniu przy użyciu dostępnych informacji, czy podpis elektroniczny spełnia wszystkie wymogi kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Jeżeli wszystkie wymagania stawiane kwalifikowanemu podpisowi elektronicznemu są spełnione to walidator zwraca wynik pozytywny. W przypadku problemu z jakimkolwiek elementem walidator zwraca wynik negatywny lub nieokreślony. Tak było i w tym przypadku, gdyż wynik walidacji uzupełnionego JEDZ przystępującego, dokonanej dnia 11 września 2020 r. wskazał: Status podpisu: Niekompletnie zweryfikowany. Wykryte błędy: Weryfikacja przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca! Obecny czas jest poza zakresem ważności certyfikatu podpisującego. Wykryte ostrzeżenia: Podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 102-1. Zdaniem odwołującego walidacja nie została zakończona wynikiem pozytywnym, a zamawiający zignorował ostrzeżenia dotyczące bezpieczeństwa. Tylko wynik pozytywny pozwala uznać podpis za ważny. Odwołujący zwrócił uwagę, że kwalifikowany podpis elektroniczny został złożony przy użyciu certyfikatu ważnego

do dnia 9 kwietnia 2020 r., a weryfikacja została przeprowadzona na dzień 11 września 2020 r., gdy certyfikat był nieważny. Oświadczenie w formie JEDZ zostało natomiast przekazane zamawiającemu dopiero w dniu 10 września 2020 r. Odwołujący podał również, że ustalenie dnia, na jaki przeprowadzana jest weryfikacja kwalifikowanego podpisu elektronicznego odbywa się na podstawie elektronicznego znacznika czasu, a w przypadku jego braku na podstawie dowodu z natury (takim jak data złożenia dokumentu jako najwcześniejszy dowód istnienia w postępowaniu), względnie moment weryfikacji (walidacji). Dzieje się tak dlatego, że proces walidacji bierze pod uwagę jedynie datę opartą o dowód istnienia podpisu (POE – proof of existence) w celu weryfikacji, czy certyfikat był ważny w momencie składania podpisu.

W związku z brakiem elektronicznego znacznika czasu w okolicznościach niniejszej sprawy za udowodnioną datę istnienia podpisu można przyjąć jedynie moment walidacji (11 września 2020 r.), względnie moment faktycznego złożenia dokumentu w postępowaniu (10 września 2020 r.). Taki wynik walidacji nie pozwala natomiast na uznanie podpisu za kwalifikowany podpis elektroniczny, a zatem za dochowanie przez wykonawcę odpowiedniej pod rygorem nieważności formy oświadczenia JEDZ. Zwrócił uwagę, że żaden element procesu walidacji nie opiera się na danych deklarowanych przez podpisującego. Wszystkie elementy brane pod uwagę w walidacji pochodzą od zaufanych podmiotów na podstawie wpisów na odpowiednich listach, które każdorazowo są sprawdzane. Każdy element sprawdzany jest pod kątem możliwych naruszeń bezpieczeństwa przy użyciu wiarygodnych algorytmów kryptograficznych. Dopuszczenie faktów, które nie zostały zweryfikowane, sprawia, że cały proces przestaje być wiarygodny, ponieważ jego wiarygodność jest tak wysoka jak najmniej wiarygodny element. Przede wszystkim jednak, taka „ułamna” weryfikacja jest niedopuszczalna na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Brak pozytywnej walidacji powinien skutkować stwierdzeniem niedochowania odpowiedniej formy elektronicznej oświadczenia wymaganej ad solemnitatem, a w konsekwencji nieważnością i nieskutecznością oświadczenia JEDZ. W rezultacie wykonawca nie wykazał spełnienia określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. W ocenie zamawiają-

cego dokonał on skutecznej weryfikacji poprawności i prawidłowości złożonych podpisów kwalifikowanych w ofercie, dokumentach i oświadczeniach złożonych przez wykonawcę w postępowaniu. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (rozporządzenie eIDAS), podpis elektroniczny to dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny. Podpis kwalifikowany stanowi elektroniczny odpowiednik podpisu odręcznego i zawiera wszystkie jego najistotniejsze cechy, tzn.:

- a) potwierdza jednoznacznie tożsamość osoby podpisującej,
- b) uniemożliwia zaprzeczenie faktu podpisania,
- c) jest powiązany z treścią, która została podpisana,
- d) uniemożliwia wprowadzenie jakichkolwiek, niezauważalnych zmian w podpisanej treści.

Zamawiający zwrócił uwagę, że kwalifikowany podpis elektroniczny to zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i opiera się na kwalifikowanym certyfikacie. Certyfikaty kwalifikowane wydawane są wyłącznie przez podmioty świadczące usługi certyfikacyjne, wpisane na mocy decyzji ministra gospodarki do rejestru kwalifikowanych podmiotów świadczących usługi certyfikacyjne.

Zamawiający podał, że w dniu 5 lutego 2020 r. dokonał weryfikacji podpisów w ofercie i dokumentach złożonych przez wykonawcę wraz ofertą (tj. dowód wniesienia wadium, kosztorys ofertowy, oświadczenie JEDZ oraz KRS). Podpisy na wszystkich tych dokumentach zostały zweryfikowane poprawnie przy użyciu aplikacji Szafir.

W dniu 11 września 2020 r. zamawiający dokonał weryfikacji podpisu kwalifikowanego złożonego w uzupełnionym oświadczeniu JEDZ. W raporcie z weryfikacji podpisu za pomocą aplikacji Szafir podpis nie został poprawnie zweryfikowany, brak jest również informacji, kiedy podpis został złożony. Natomiast weryfikacja podpisu za pomocą aplikacji Sigillum Sign, jak to podnosi odwołujący wykazała, że „weryfikacja

przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca”, a status podpisu jest „niekompletnie zweryfikowany”. Z treści tego raportu wynika również, że certyfikat kwalifikowany wydany przez uprawniony podmiot świadczący usługi certyfikacyjne, tj. przez Krajową Izbę Rozliczeniową ważny był w okresie od 9 kwietnia 2018 r. do 9 kwietnia 2020 r. oraz że oświadczenie JEDZ zostało podpisane w dniu 31 stycznia 2020 r. (godz. 10:04), czyli w okresie ważności certyfikatu. W związku z tym, że zamawiający dokonywał weryfikacji podpisu złożonego w oświadczeniu JEDZ w dniu 11 września 2020 r. czyli po upływie ważności certyfikatu, status podpisu został niekompletnie zweryfikowany, a tym samym wystąpił „błąd kontroli czasu” oraz ostrzeżenie, że „podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 120-1”

Dla zamawiającego jednoznaczne było, że komunikat: „błąd kontroli czasu”, a w następstwie ostrzeżenie „podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 120-1” są konsekwencją walidacji podpisu po upływie ważności certyfikatu.

W związku z powyższym oświadczenie JEDZ uzupełnione w dniu 10 września 2020 r. należy uznać za prawidłowo złożone tj. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełniającym wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, a certyfikat podpisu elektronicznego jest kwalifikowany i podpis został złożony w okresie jego ważności. Podpis spełnia wszystkie warunki, o których mowa w art. 32 ust. 1 eIDAS. Uznanie przez Zamawiającego za nieprawidłowy podpisu użytego przy podpisywaniu oświadczenia JEDZ, stanowiłoby czynność nieuprawnioną, bowiem dokument ten został opatrzony ważnym podpisem kwalifikowanym, zgodnie z wymogami prawa.

W ocenie natomiast przystępującego do postępowania wykonawcy interpretacja art. 32 eIDAS dokonana przez odwołującego jest nieuzasadniona, ponieważ w świetle tego przepisu nie ma wymogu dla oceny ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego uzyskania pozytywnego raportu weryfikacji, a jedynie zawarty został wymóg, aby system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewniał stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwiał stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.

W wyroku z dnia 20 października 2020 r., KIO 2505/20 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie podlega oddaleniu. Osią sporu pomiędzy stro-

nami była kwestia, czy w przypadku braku możliwości jednoznacznej weryfikacji podpisu elektronicznego złożonego pod uzupełnionym dokumentem JEDZ, zamawiający winien nie uznać poprawności złożonego dokumentu i wykonawcę wykluczyć z postępowania, czy też jest możliwe, aby zamawiający jako strona ufająca, której złożono taki dokument po zapoznaniu się z raportem weryfikacji uznać, iż podpis jest ważny i spełnia wszystkie warunki określone w art. 32 eIDAS.

Podkreślenia wymaga fakt, iż odwołujący doprecyzowując treść zarzutów odwołania zaznaczył, że nie twierdzi, iż złożony zamawiającemu w dniu 10 września 2020 r. JEDZ nie został podpisany w dniu 31 stycznia 2020 r. Jednakże ze względu na upływ ważności certyfikatu pozwalającego danej osobie na złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego nie daje możliwości jego sprawdzenia na obecnym etapie postępowania i tym samym nie może być uznany jako podpis ważny, a przede wszystkim mający skutki kwalifikowanego podpisu elektronicznego wobec osób trzecich.

Podkreślenia wymaga również, że sam zamawiający po otrzymaniu oświadczenia JEDZ miał problemy z weryfikacją podpisu i dlatego też dokonał prób weryfikacji podpisu za pomocą aplikacji Szafir. W wyniku sprawdzania za pomocą aplikacji Szafir uzyskał informację, że podpis nie może zostać poprawnie zweryfikowany, gdyż brak jest informacji, kiedy podpis został złożony. Następnie dokonano weryfikacji za pomocą aplikacji Sigillum Sign udostępnionej przez podmioty świadczące usługi certyfikacyjne, która również wykazała, że „weryfikacja przeszłego podpisu nie jest rozstrzygająca”, a status podpisu jest „niekompletnie zweryfikowany”.

Biorąc pod uwagę powyższe zauważyć należy, że zamawiający dokonywał weryfikacji podpisu złożonego w oświadczeniu JEDZ w dniu 11 września 2020 r., czyli po upływie ważności certyfikatu, tym samym należy założyć, że brak możliwości uzyskania wykazania pełnych walidacji podpisu, o których mowa w odwołaniu wynikał z powodu upływu ważności certyfikatu w oparciu o który podpis został złożony i o który mógł być w pełnym zakresie zweryfikowany.

W oparciu o powyższe ustalenia zamawiający, dalej podejmując próby ustalenia czy złożony podpis jest podpisem prawidłowym wystąpił do Centrum Usług Zaufania Sigillum PWPW S.A. jako dostawcy aplikacji Sigillum Sign, o udzielenie informacji w zakresie komunikatów zawartych w treści raportu z prób weryfi-

kacji podpisu. Zamawiającemu chodziło w szczególności o uzyskanie informacji, czy złożony pod oświadczeniem JEDZ podpis elektroniczny jest podpisem kwalifikowanym, a nadto wskazanie powodów braku możliwości jednoznacznej jego weryfikacji. W odpowiedzi Centrum Usług Zaufania Sigillum PWPW S.A. podało, że certyfikat został wystawiony przez kwalifikowany urząd „COPE SZAFIR” prowadzony przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A. w kwietniu 2018 r. Więc jest to certyfikat kwalifikowany. Ponadto podano, że w przypadku, gdy okres ważności certyfikatu wygaś i gdy w podpisanym pliku nie został dodany znacznik czasu, wyznaczający (potwierdzający czas podpisania dokumentu aplikacja (system), który weryfikuje podpis to system nie jest w stanie precyzyjnie określić czasu złożenia podpisu, więc weryfikuje ważność z datą (czasem) wywołania tej operacji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że brak jest jakiegokolwiek dowodu przeciwnego na twierdzenie, że podpis złożony na oświadczeniu JEDZ w dniu 31 stycznia 2020 roku był złożony w oparciu o ważny certyfikat. Powyższe wypełniało wymogi określone w art. 32 ust. 1 lit. a i b oraz h eIDAS tj., aby certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem i oraz, aby kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że w świetle art. 32 ust. 2 eIDAS nie ma wymogu dla oceny ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego uzyskania pozytywnego raportu weryfikacji, a jedynie zawarty został wymóg, aby system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewniał stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwiał stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem. Opierając się na ugruntowanej linii orzeczniczej należy uznać, że dokument podpisany w okresie ważności certyfikatu upoważniającego daną osobę do jego składania zachowuje swoją ważność również po upływie ważności certyfikatu, chyba że zostaną wykazane okoliczności wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że złożony dokument o złożonej treści nie został podpisany we wskazywanym czasie i o wykazanej treści.



# Wyjaśnianie treści SWZ

**UDZIELENIE WYJAŚNIEŃ TREŚCI SWZ ROZBIEŻNYCH Z PIERWOTNĄ TREŚCIĄ SWZ, ZAWĘŻAJĄCYCH LUB ROZSZERZAJĄCYCH WARUNKI ZAMÓWIENIA JEST NIEDOPUSZCZALNE. WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ POWINNY UMOŻLIWIĆ WYKONAWCOM UZYSKANIE OD ZAMAWIAJĄCEGO WYTŁUMACZENIA OKREŚLONYCH, NIEJASNYCH TREŚCI SWZ.**

Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ (art. 135 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert (art. 135 ust. 2 ustawy Pzp). Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert.

Na wykonawcy zwracającym się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ ciąży obowiązek redagowania pytań z zachowaniem należytej staranności. Nie można bowiem oczekiwać od zamawiającego rzetelnego wyjaśnienia treści SWZ, gdy wykonawca formułuje swoje pytania lakonicznie, niezrozumiale lub niestannie.

Przepis art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy wykonawca nie rozumie treści SWZ i w celu jej zrozumienia zwraca się do zama-

wiającego o jej wyjaśnienie. Takie rozumowanie art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest istotne, ponieważ przepisy ustawy Pzp nie obligują zamawiającego do obowiązku udzielania wyjaśnień, gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego w innym celu niż wyjaśnienie treści SWZ lub żądanie zmiany jej treści.

Wyjaśnianie i zmiana treści SWZ są czynnościami o odmiennym celu i znaczeniu. Wyjaśnienia treści specyfikacji służą doprecyzowaniu, rozwinięciu kwestii wynikających z postanowień w celu przedstawienia ich celowościowego rozumienia, niedoprecyzowanych z różnych przyczyn na etapie tworzenia SWZ (por. wyrok z dnia 18 marca 2019 r., KIO 359/19).

Ratio legis art. 135 ust. 2 ustawy Pzp polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności, co do wymagań zawartych w SWZ, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwienie podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu. W wielu przypadkach instytucja ta jest nadużywana przez wykonawców, którzy nie tyle chcą wyjaśnić budzące wątpliwości postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, tylko dążą do ich „dopasowania”, do swoich możliwości ofertowych. Instytucja zadawania pytań bywa nadużywana, co prowadzi do przewlekłości postępowania, ze szkodą dla zamawiającego. W orzecznictwie

przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy służą właściwej ocenie oferty i mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, niewynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów.

Przykładowo, w wyroku z dnia 29 marca 2011 r., KIO 528/11, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała nakazu wskazywania poszczególnych elementów składających się na poszczególne pozycje kosztorysu w ofercie. Zatem należy uznać, iż (...) spełnił wymagania Zamawiającego. Zamawiający, w sytuacji, gdyby powziął wątpliwość, co do ewentualnego braku/nieuwzględnienia w kosztorysie zasuwy gwintowanej miękko uszczelniającej, obudowy, skrzynki oraz złącza PE/stal, mógłby taką wątpliwość wyjaśnić. W takiej sytuacji, w ocenie Izby wystarczającą czynnością Zamawiającego byłoby uzyskanie potwierdzenia Odwołującego (w trybie art. 87 ustawy Pzp, a więc w drodze wyjaśnień), iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ i zawiera w spornych pozycjach także element wymagany (zasuwę gwintowaną). Choć ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obligatoryjnego obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to jednak pozwala Zamawiającemu uzyskać absolutną pewność w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia” (wyrok z dnia 18 lipca 2016 r., KIO 1183/16).

Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców powinna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian treści SZW w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., KIO 1615/18).

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści SIWZ są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. Odpowiedziom na pytania dotyczące treści SIWZ przypisywane są doniosłe skutki, ponieważ odpowiedzi te są uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15).

Brak zapytań do zamawiającego dotyczących treści SWZ nie oznacza, że SWZ została sporządzona prawidłowo (zob. wyrok z dnia 29 listopada 2018 r., KIO 2342/18).

W przypadku, gdy ilość niejednoczonych postanowień treści SWZ i możliwości interpretacyjnych jest większa niż przeciętna, zamawiający powinien rozważyć nawet unieważnienie postępowania. Taka czynność może być również przedmiotem zaskarżenia w ramach środków ochrony prawnej (zob. wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., KIO 660/15).

Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (zob. wyrok z dnia 8 marca 2011 r., KIO 368/11).

Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., KIO 1615/18). Analogicznie w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SIWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Krajowa Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści SIWZ przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15).”

Na kwestię wyjaśnień i zmiany treści SIWZ Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę w wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r., KIO 917/10 stwierdzając, że „W przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści specyfikacji lub ogłoszenia, a tylko uszczegółowiają tam znajdujące się postanowienia, zamawiający może poprzestać tylko na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji specyfikacji czy nie publikować zmian w ogłoszeniu.

Zamawiający nie musi także za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia SWZ, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień. Jednak zastosowanie formuły mówiącej o modyfikacji SWZ w określonym fragmencie jest wskazane, bowiem rozwiewa jakiegokolwiek wątpliwości i kieruje uwagę odbiorcy na modyfikowane postanowienia, nawet, gdy czyta on wyjaśnienia bez najwyższej koncentracji. Wyjaśnienia treści SWZ służą doprecyzowaniu, rozwinięciu kwestii wynikających z postanowień w celu przedstawienia ich celowościowego rozumienia, niedoprecyzowanych z różnych przyczyn na etapie tworzenia SIWZ.

W wyroku z dnia 6 maja 2011 r., KIO 836/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że „Wyjaśnienia treści SIWZ, o których mowa w art. 38 ust. 2 ustawy, stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniem. Zatem, wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ, w tym przypadku wyeliminowania możliwości stosowania urządzenia dopuszczonego pierwotnie, jako dowolne elementy, ewentualnie inne urządzenia. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ, zawężających rodzaj urządzeń oddziaływania, jak zgodnie potwierdzono na rozprawie, wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust. 2 ustawy Pzp.”

„Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień” (zob. wyrok z 28 marca 2011 r., KIO 545/11).

„(...) częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany, natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ.” (zob. wyrok z dnia 22 grudnia 2014 r., KIO 2593/14).

„(...) instytucja wyjaśnień postanowień SIWZ, przewidziana w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp pozwala wykonawcom na uzyskanie od zamawiającego wytłumaczenia określonych, niejasnych treści specyfikacji. Wskazany instrument ma zatem służyć przede wszystkim wykonawcom.” (zob. wyrok z dnia 16 lipca 2014 r., KIO 1361/14).

Przepis art. 135 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, a zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy braku dochowania należytej staranności przedsiębiorcy, o której mowa w art. 355 § 2 k.c. (zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 12 maja 2015 r., I ACA 1666/14).

W wyroku z dnia 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15, Sąd Najwyższy uznał, że „Jedynym uprawnieniem osoby ubiegającej się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest zwrócenie się na podstawie art. 38 Pzp2004 do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Celem tej instytucji, jak wskazuje się w piśmiennictwie, jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli zamawiającego. Przyjmuje się nawet, że udzielone wyjaśnienia stanowią rodzaj wykładni autentycznej zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że wszystkie odpowiedzi na żądanie udzielenia wyjaśnień ze swej istoty są bezwzględnie wiążące dla wykonawców i mogą zmienić SIWZ poprzez uszczegółowienie, przy czym zmiana ta nie zawsze musi mieć charakter formalny (por. wyrok z dnia 31 marca 2014 r., KIO 503/14). Wyjaśnienia treści SIWZ stanowią ich integralną część i na równi z pozostałymi postanowieniami bezwzględnie wiążą wszystkich wykonawców, ale nie mogą stanowić podstawy wprowadzenia do niej innych wymagań (por. wyrok z dnia 7 marca 2012 r., KIO 388/12 i wyrok z dnia 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11). Udzielone wyjaśnienia nie mogą stanowić podstawy do ponoszenia negatywnych konsekwencji zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę (por. wyrok z dnia 14 marca 2011 r., KIO 387/11). Ustawa nie przewiduje procedury uzupełniania wyjaśnień ani odwołania od ich treści. Ich celem jest uzyskanie przez wykonawców wiedzy niezbędnej dla podjęcia decyzji o ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego i sporządzenia oferty (por. wyrok z dnia 17 lipca 2013 r., KIO1606/13). W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że niezwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego – w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 Pzp2004 w zw. z art. 354 § 2 k.c. może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, OSNC-ZD 2015, Nr 3, poz. 46).”



# Czy plecaki taktyczne, rękawice ćwiczebne i śpiwory należy szacować razem?

**Uchwała z dnia 1 lipca 2019 r., KIO/KD 9/21**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „Kontrolujący”) wskazał, że zamawiający na podstawie zleceń udzielił zamówień na zakup zaopatrzenia mundurowego obejmujących następujący asortyment: plecaki Tactical Rush – kolor czarny w ilości 50 sztuk i Tactical Rush – kolor khaki w ilości 95 sztuk (zlecenie z dnia 5 listopada 2019 r.), rękawice ćwiczebne Kinetix X-pro w ilości 960 par i rękawice ćwiczebne Heat 3 Smart w ilości 25 sztuk (zlecenie z dnia 4 listopada 2019 r.), śpiwory Carinthia w ilości 145 sztuk (zlecenie z dnia 6 listopada 2019 r.). Jak wynika z przekazanej wraz z wnioskiem dokumentacji dotyczącej ww. zamówień, powyższych zakupów dokonywano z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp 2004, na podstawie Regulaminu udzielania zamówień publicznych o wartości nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Wobec dokonanych ustaleń Kontrolujący zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w zakresie sposobu szacowania przedmiotowych zamówień. Zamawiający, odnosząc się do przyczyn odstąpienia od łącznego oszacowania wartości zgodnie z art. 32 ust. 4 Pzp 2004, wyjaśnił, że planując zakup przedmiotów zamówienia, o których mowa w sprawie, tj. rękawic ćwiczebnych, śpiworów, plecaków, nie zakwalifikowano ww. asortymentu jako jedno zamówienia ze względu na okoliczności tego konkretnego przypadku odnoszące się do kryteriów tożsamości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zgodził się z postawioną tezą, że wymienione przedmioty stanowią „funkcjonalną całość”, która obejmuje rękawice

ćwiczebne, zasobniki na wyposażenie (dalej jako plecaki) oraz śpiwory. Wspólna ich cecha, jaką jest wydanie ich na wyposażenie funkcjonariuszowi Służby Ochrony Państwa (dalej „SOP”) w ocenie Zamawiającego nie może przesądzać o ich funkcjonalnej tożsamości. Należy, wszakże podkreślić, że mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy funkcjonariusz otrzymuje rękawice ćwiczebne, a nie otrzymuje śpiwora bądź plecaka. Ekstrapolując zastosowaną argumentację można by założyć, że wszystkie wydawane funkcjonariuszowi SOP przedmioty tworzą jedną funkcjonalną całość. Prowadziłoby to do sytuacji łączenia w jedną „funkcjonalną” całość takich przedmiotów jak przykładowo: broń osobista, gaz, obeszwałniający, maska przeciwgazowa, mundur polowy i ręcznik. Co więcej zakwalifikowanie rzeczowego asortymentu przykładowo do grupy „środków przymusu bezpośredniego” nie przesądza, że kajdanki i chemiczne środki obeszwałniające mają być nabywane w jednym postępowaniu przetargowym. Również ujmowanie jako funkcjonalna całość plecaka oraz rękawic (w domyśle jako zawartość plecaka) jest również w ocenie zamawiającego nieuzasadnione. Zamawiający zwrócił również uwagę, że chcąc powiązać funkcjonalnością dwa produkty należałoby zestawzić ze sobą charakterystyki produktów lub/i przeznaczenie (funkcjonalne) w znaczeniu ścisłym. Dobrym przykładem takiego działania jest mundur polowy, który (funkcjonalnie) składa się ze spodni i bluzy.

W złożonych wyjaśnieniach zamawiający uznał, że nie był obowiązany do nabycia ww. przedmiotów w ramach jednego postępowania, ponieważ nie istnieje

między nimi związek funkcjonalny. W dalszej części wyjaśnien zamawiający wskazał, że: określając szacunkową wartość przedmiotowych zamówień kierował się przede wszystkim potrzebami wynikającymi z norm należności zestawu nr 7 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 czerwca 2018 r. w sprawie umundurowania funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa (Dz. U, 2018 poz. 1113). Powyższe ilości przedmiotowego asortymentu ujęto w zapytaniach ofertowych, które rozestano do potencjalnych wykonawców w celu oszacowania wartości poszczególnych zamówień.

Zamawiający zwrócił uwagę na brak legalnej definicji pojęcia zamówień tego samego rodzaju. Biorąc jednak pod uwagę specyfikę prawa zamówień publicznych, wielość okoliczności, które mogą wpływać na ocenę, czy w danym przypadku możemy mówić o jednym zamówieniu, trudno byłoby oczekiwać od ustawodawcy, aby wprowadził legalną definicję pojęcia zamówienia tego samego rodzaju. Z tego też powodu za słuszną należy uznać sytuację, w której to Urząd Zamówień Publicznych wypracował pewne kryteria, którymi zamawiający może posłużyć się w celu ustalenia, czy ma do czynienia z jednym zamówieniem, czy odrębnymi zamówieniami. Takimi kryteriami są: tożsamość przedmiotowa, tożsamość podmiotowa i tożsamość czasowa. Przy czym, aby można było mówić o jednym zamówieniu, wszystkie te trzy kryteria muszą w danym przypadku występować łącznie. Brak którejkolwiek z tych przesłanek powoduje, że zamawiający ma do czynienia z odrębnymi zamówieniami, których wartość nie podlega sumowaniu. Podejście dotyczące zamówień tego samego rodzaju przedstawiane przez Urząd Zamówień Publicznych jest również przyjmowane w doktrynie prawa zamówień publicznych.

W literaturze wyrażany jest pogląd, iż o jednorodności dostaw, usług lub robót budowlanych decydować może podobieństwo cech głównych przedmiotu dostaw, usług lub roboty, takich jak przeznaczenie, parametry jakościowe czy funkcjonalne. Zamawiający wskazał, że przy interpretacji zwrotu „tego samego rodzaju” należy przyjąć jego potoczne znaczenie. Powołując się na definicję Komisji Europejskiej, zamówienia tego samego rodzaju to dostawy produktów przeznaczonych do identycznego lub podobnego sposobu użytku. Z pewnością o dostawie tego samego rodzaju można mówić w przypadku dostawy długopisów, ołówków, gumek do mazania. Pomocne w ocenie omawianej kwestii jest również

odniesienie się do doktryny prawa brytyjskiego, zgodnie z którą zamówieniem takiego samego rodzaju będzie to zamówienie, które bez żadnego trudu może zrealizować ten sam wykonawca, a wykonawców tych jest nieograniczony krąg. W ocenie zamawiającego, o zamówieniu tego samego rodzaju można mówić w sytuacji, gdy określone artykuły/usługi można bez trudu dostać u jednego wykonawcy, przy czym wykonawców tych jest wielu. Zatem nie dotyczy to sytuacji, w której określony asortyment/usługi można co prawda dostać u jednego wykonawcy, ale krąg tych wykonawców jest ograniczony.

Kontrolujący zwrócił uwagę, że jeżeli w tym samym czasie możliwe jest udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32–35 Pzp2004.

Kontrolujący uznał, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp2004 udzielając z pominięciem trybów ustawowych trzech zamówień na dostawę przedmiotów wyposażenia mundurowego – plecaków, rękawic ćwiczebnych i śpiworów, których zsumowana wartość, według szacunków zamawiającego wynosiła 344 735,77 zł netto, co stanowi równowartość 79 953,56 euro. Powyższe oznacza, że łączna wartość tych zamówień przekracza próg określony w art. 4 pkt 8 Pzp2004 (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia kontrolowanych zamówień, co zobowiązywało zamawiającego do udzielenia tych zamówień w oparciu o przepisy Pzp2004.

Kontrolujący zauważył, że wykonanie ww. zamówień mogło zostać powierzone jednemu wykonawcy. Stawowi o tym wyraźnie fakt, że zamawiający udzielił trzech przedmiotowych zamówień jednemu wykonawcy – E. G. (...).

Na podstawie dokumentów dotyczących wstępnego szacowania wartości tych zamówień, Kontrolujący ustalił, że wykonawca E. G. (...) nie był jedynym wśród potencjalnych wykonawców, którzy mogli zaoferować cały asortyment objęty postępowaniami będących przedmiotem kontroli. Odnosząc się do aspektu tożsamości czasowej przedmiotowych zamówień, kontrolujący wskazał, że zapytania ofertowe dotyczące przedmiotowych zamówień zostały zamieszczone na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej zamawiającego w tym samym dniu, tj. 28 października 2019 r., a zamówienia zostały udzielone kolejno na

podstawie zleceń z dnia 4, 5 i 6 listopada 2019 r., w których wyznaczono taki sam lub zbliżony termin realizacji dostaw. Zatem na gruncie przedmiotowej sprawy bez wątplenia zachodzi tożsamość czasowa pomiędzy zamówieniami. Kontrolujący zauważył, że przedmiotem zamówień udzielonych wykonawcy E. G. (...) są: zasobniki na wyposażenie (plecaki), rękawice ćwiczebne i śpiwory. Kontrolujący zwrócił również uwagę, że ww. przedmioty zostały ujęte w tym samym zestawie elementów umundurowania, tj. w załączniku nr 7 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 czerwca 2018 r. w sprawie umundurowania funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa (dalej jako: „rozporządzenie”).

Z treści załącznika nr 7 do rozporządzenia wynika, że wymienione w nim elementy stanowią należność dodatkową dla funkcjonariuszy grup ochronnych, grup wsparcia i instruktorów szkolenia. Wskazano w nim również, że w zależności od specyfiki wykonywanych zadań funkcjonariusze mogą być zaopatrywani we wszystkie przedmioty lub niektóre z wyszczególnionych w zestawie. Niemniej, w ocenie kontrolującego, nawet wyodrębnienie poszczególnych odbiorców spośród docelowej grupy, jaką stanowią funkcjonariusze SOP nie jest wystarczające do przyjęcia odrębnego charakteru przedmiotu zamówienia, jakim są rękawice ćwiczebne, śpiwory i plecaki (zasobniki na wyposażenie). W tym przypadku wspólne pozostaje przeznaczenie tego przedmiotu zamówienia oraz jego kwalifikacja rodzajowa.

Przedmioty objęte trzema zamówieniami służą temu samemu celowi – stanowią elementy umundurowania funkcjonariusza SOP, należące do wspólnej, wyodrębnionej przez ustawodawcę grupy elementów wyposażenia funkcjonariusza. Samo zastrzeżenie, że nie wszystkie z tych elementów trafią jednocześnie do każdego funkcjonariusza Służby, nie może stanowić obiektywnie uzasadnionej podstawy do stwierdzenia, że mogą te zamówienia zostać uznane za odrębne zamówienia. Istotnie, jak wskazał przykładowo zamawiający – „mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy funkcjonariusz otrzymuje rękawice ćwiczebne, a nie otrzymuje śpiwora bądź plecaka”. Powyższe jednak wyłączenie potwierdza, że mogą być też sytuacje, w których do każdego funkcjonariusza Służby trafią wszystkie rodzaje przedmiotów umundurowania objętych ww. zamówieniami. Zatem, w ocenie kontrolującego, wskazane przez zamawiającego okoliczności różnicujące przedmiot zamówienia każdego z ww. zleceń nie wykluczają ich wspólnego przeznaczenia,

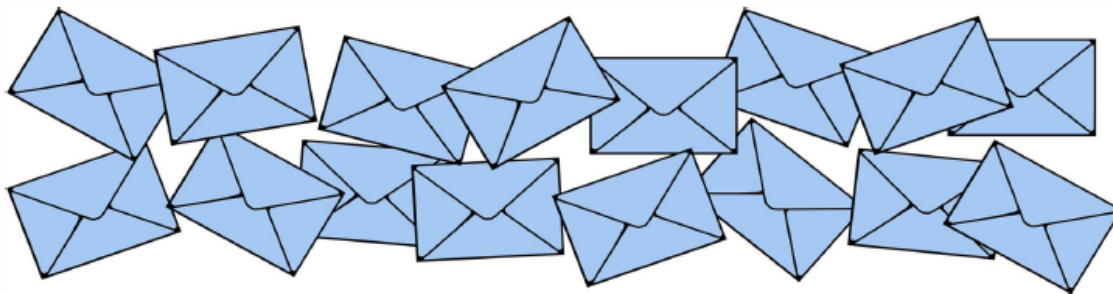
ocenianego z punktu widzenia konieczności zrealizowania określonego zadania lub zaspokojenia konkretnej potrzeby zamawiającego.

W ocenie kontrolującego, zamówienia ujęte w zleceniach nr 354/4/2019, nr 354ZP019, nr 356/Z/2019 powinny być traktowane jako podobne przedmiotowo i składające się na pewną funkcjonalną całość. Ww. przedmioty dedykowane są bowiem określonej grupie osób i mają podobne przeznaczenie – co do zasady stanowią zaopatrzenie mundurowe funkcjonariusza SOP.

W uchwale z dnia 1 lipca 2019 r., KIO/KD 9/21 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie budziło wątpliwości, że zamawiany asortyment odznaczał się wymienionymi wyżej cechami w stopniu pozwalającym uznać go za zamówienia tożsame przedmiotowo. Jest przeznaczony dla jednej konkretnej grupy (funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa), a jego zakres został ustalony rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 czerwca 2018 roku w sprawie umundurowania funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa (Dz. U z 2018 roku, poz. 1113).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nietrafiony jest również argument zamawiającego co do tego, że produkty będące przedmiotem zamówienia nie są tego samego rodzaju, ponieważ można je – co prawda – dostać u jednego wykonawcy, ale krąg tych wykonawców jest ograniczony. Przede wszystkim, że każdy krąg wykonawców lub dostawców określonego rodzaju produktów czy usług jest ograniczony.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że kryterium tożsamości przedmiotowej powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość. Zamówienia tożsame przedmiotowo nie muszą dotyczyć tego samego, ale również podobnego zagadnienia, w tych samych lub zbliżonych warunkach, dla podobnej grupy osób oraz spełniają tę samą funkcję i mają podobne lub identyczne przeznaczenie.



# Na pytania czytelników odpowiada

## Józef Edmund Nowicki

### **Czy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest dopuszczalna zmiana cen jednostkowych?**

Na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp (dawniej art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp2004) dopuszczalne są również zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15%, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, podobnie jak art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 stanowi wdrożenie do ustawy Pzp, przepisu art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Warto zauważyć, że zgodnie z art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE zamówienia można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w art. 72 ust. 4 lit. a) – d) dyrektywy 2014/24/UE zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości: progi określone w art. 4 dyrektywy 2014/24/UE; oraz 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane. Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

Użyte w art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE sformułowanie „Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) zostały spełnione” oznacza, że również na gruncie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku zmiany zawartej umowy na pod-

stawie tego przepisu, zamawiający nie musi badać, czy zmiana będzie zmianą istotną w rozumieniu art. 454 ustawy Pzp. W przypadku zmian umowy dokonywanych na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie musi sprawdzać, czy zmiana ma charakter istotny czy nieistotny, wystarczy bowiem, że łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15%, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy. 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. Na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest zwiększenie wartości pierwotnej umowy, wskutek zwiększenia cen jednostkowych

### **Czy na podstawie art. 220 ust. 3 i art. 307 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie może przedłużyć termin związania ofertą?**

Na podstawie art. 220 ust. 3 i art. 307 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2022 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) – w skrócie „ustawa Pzp”, w przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumencie zamówienia (np. w SWZ), zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż odpowiednio 60 lub 30 dni. W takim przypadku przedłużenie terminu związania ofertą wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu

zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 220 ust. 4 i art. 307 ust. 3 ustawy Pzp).

Podkreślenia wymaga, że na podstawie art. 220 ust. 3 i art. 307 ust. 2 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą na żądanie zamawiającego może nastąpić tylko raz w trakcie postępowania. Zamawiający nie może zatem zwracać się do wykonawców o dalsze przedłużenie terminu związania ofertą. Termin związania ofertą może być przedłużony tylko wówczas, gdy wykonawca złoży wyraźne oświadczenie o przedłużeniu tego terminu i jednocześnie przedłoży wadium lub wniesie nowe wadium na przedłużony okres związania ofertą (o ile zamawiający żąda wniesienia wadium).

Wykonawca nie może zatem samodzielnie przedłużyć terminu związania ofertą, o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 lub 30 dni. Żadne przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają bowiem takiej możliwości. Taka możliwość była przewidziana w art. 85 ust. 2 nieobowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 i z 2020 r. poz. 288) – w skrócie „Pzp2004” („Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.”). Oznacza to, że ustawodawca w przepisach ustawy Pzp zrezygnował z możliwości przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę.

Na gruncie przepisów Pzp żądanie wykonawcy przedłużenia terminu związania ofertą, także w przypadku powołania się na przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (w związku z odesłaniem do tych przepisów w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) należy uznać za nie znajdujące oparcia w przepisach ustawy Pzp (żądanie prawnie bezprzedmiotowe). W takim przypadku żądanie wykonawcy nie podlega żadnemu rozpoznaniu przez zamawiającego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca nie może również samodzielnie przedłużyć terminu związania ofertą na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z

dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Przepisy ustawy Pzp są przepisami o charakterze *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy – Kodeks cywilny i tylko w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy – Kodeks cywilny. Zasady przedłużania terminu związania ofertą zostały natomiast wprost uregulowane w przepisach art. 220 ust. 3 i 4 oraz art. 307 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że w ustawie Pzp problematyka terminu związania ofertą oraz przedłużania tego terminu została uregulowana inaczej niż w przepisach Pzp2004.

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 90 dni, a jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług 10 000 000 euro – 120 dni, od dnia upływu terminu składania ofert.

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert.

Pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert, a zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty.

Brak w przepisach ustawy Pzp możliwości przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę został „zrekompensowany” wprowadzeniem w art. 252 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zasad, że jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. W przypadku braku takiej zgody, zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

**Na jakiej podstawie prawnej wykonawca może w treści e-maila przekazać oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą lub wyrazić pisemną zgodę na wybór jego oferty?**

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 Pzp, oferty, prace konkursowe, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, 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 Pzp, 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, 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 § 2 ust. 1 rozporządzenia, 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.

Pisemne oświadczenie wykonawcy o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz pisemna zgoda wykonawcy na wybór jego oferty nie są żadnym z oświadczeń i dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia. Wykonawca może zatem na podstawie § 2 ust. 2 rozporządzenia przekazać zamawiającemu pisemne oświadczenie wykonawcy o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą lub pisemną zgodę na wybór jego

oferty, jako tekst wpisany bezpośrednio do wiadomości przekazywanej przy użyciu poczty elektronicznej (treść wpisana bezpośrednio w mailu, a nie jako załącznik do maila), która jest środkiem komunikacji elektronicznej. Warunkiem jest, aby zamawiający przewidział (np. w SWZ) komunikowanie się z wykonawcą przy użyciu poczty elektronicznej. „Pisemne oświadczenie” nie oznacza oświadczenia w formie pisemnej (analogicznie w przypadku „pisemnej zgody”). Pisemność to sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisańskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 7 pkt 16 ustawy Pzp). Użyte w art. 7 pkt 16 ustawy Pzp wyrażenie przy „użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisańskich” oznacza, że komunikacja musi być prowadzona w postaci tekstowej, a nie dźwiękowej lub wizualnej. Pojęcie pisemności nie wymaga, aby dokument był opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

**Czy zamawiający może odstąpić od wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego?**

Procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formy wynagrodzenia za roboty budowlane. Ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 224 ustawy Pzp, dlatego nawet w przypadku formy ryczałtowego wynagrodzenia badaniu może podlegać cena lub koszt lub ich istotne części składowe wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

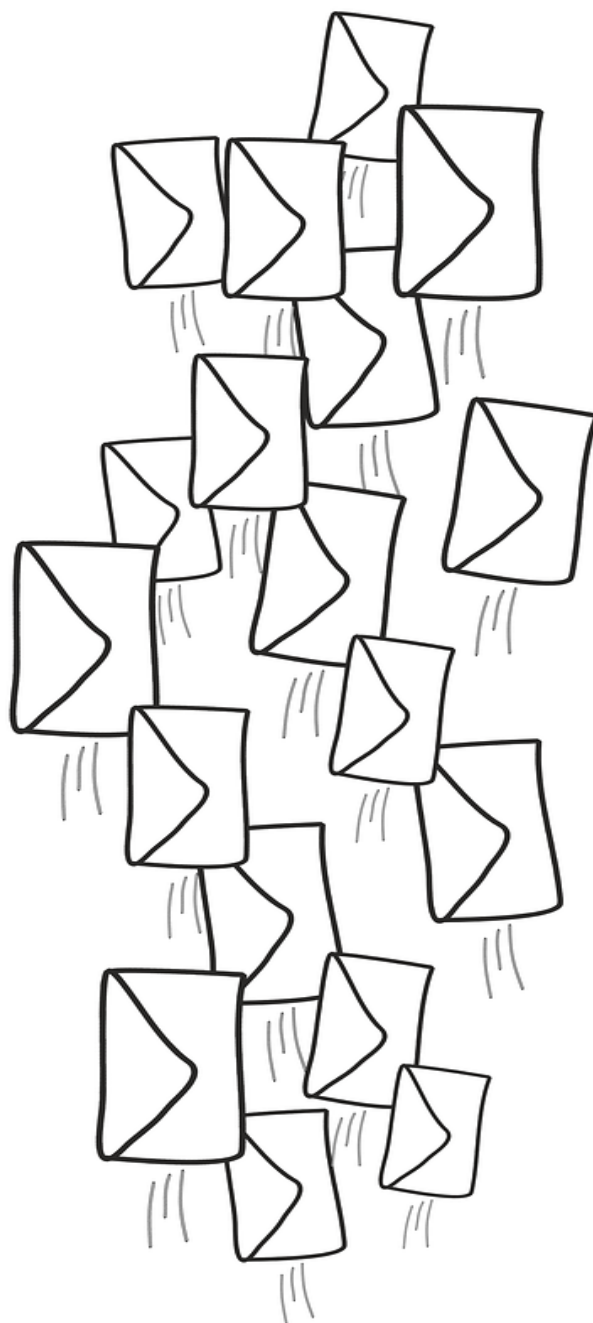
W wyroku z dnia 14 marca 2017 r., KIO 373/17 zwrócono uwagę, że „Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 k.c.) – nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce, przykładowo, w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegos istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się rzeczą oczywistą, że

także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 Pzp2004 i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp2004.” (aktualnie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

**Czy zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może drugi raz wezwać wykonawcę do złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych?**

Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Wadliwe zrealizowanie przez zamawiającego obowiązku, o którym mowa w przepisie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie może zatem nieść negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. W wyroku KIO 732/12 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że wezwanie kierowane do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004 powinno precyzyjnie wskazywać stwierdzone braki i żądany zakres uzupełnienia, tylko wtedy możliwe będzie prawidłowe zastosowanie się do wezwania. Krajowa Izba Odwoławcza uznała również niedopuszczalność wielokrotnego stosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, z tym jednak zastrzeżeniem, że w przypadku wadliwości pierwszego wezwania, powtórzenie tej czynności jest nie tylko możliwe, ale i konieczne. W wyroku KIO 1418/12 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że „w wy-

kładni art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, należy jednak pamiętać, że odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jednak jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować.” Wyroki KIO 732/12 i KIO 1418/12 pozostają aktualne na gruncie obowiązującego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.





# wPrzetargach.pl

PORTAL PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**Kompendium wiedzy**  
o zamówieniach publicznych

[www.wPrzetargach.pl](http://www.wPrzetargach.pl)