

**Jak zostać
ekspertem
w zamówieniach
publicznych?**

Brak w umowie
łącznej maksymalnej
wysokości kar
umownych

Filtr antyspamowy
w komunikacji
z wykonawcą

Skan opatrzony
kwalifikowanym
podpisem
elektronicznym
notariusza

Poinformowanie
wykonawców
o odtajnieniu treści
dokumentu

Zainicjowanie
procedury
„self-cleaningu”
to obowiązek
zamawiającego
czy wykonawcy?

Kiedy można
stosować
art. 30 ust. 4 Pzp

Odpowiedzi
na pytania
czytelników

Rynek Przetargowy

DWUMIESIĘCZNIK UCZESTNIKÓW RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

WRZESIEŃ - PAŹDZIERNIK | Numer 4/2022 (4) | ISSN 2720-6084

NOWELIZACJE USTAWY

Termin liczony w sekundach

**Znaczenie winy wykonawcy w
zatrzymaniu wadium**

**Powierzenie wykonania
całości zamówienia
podwykonawcy**

**Czy autoryzacja producenta to
właściwość wykonawcy?**

**ZATRUDNIANIE PRZEZ
WYKONAWCĘ OSÓB
NA PODSTAWIE
STOSUNKU PRACY**

Rynek Przetargowy

WYDAWCA I ADRES REDAKCJI
CONEXIS ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
JÓZEF EDMUND NOWICKI
ul. Nowowiejska 17
71-219 Bezzecze
kancelaria@conexis.pl
tel. 883 689 848

REDAKTOR NACZELNY
Józef Edmund Nowicki
redaktor.naczelnny@rynekprzetargowy.pl

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 Kołdecki
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
ezamowienia.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 naczelny nie ponoszą odpowiedzialności za treść ogłoszeń i reklam opublikowanych zgodnie z art. 36 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe

ŹRÓDŁO ZDJĘĆ
pixabay.com



Czy zamawiający może określać liczbę osób zatrudnianych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę?

Jeżeli przedmiotem zamówienia są usługi lub roboty budowlane, a osoby skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia, będą wykonywać czynności określonego rodzaju na rzecz wykonawcy, pod jego kierownictwem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez wykonawcę oraz za wynagrodzeniem, jakie otrzyma od wykonawcy, to wykonywanie takich czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. W takim przypadku zamawiający, zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia.

W przypadku art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez między innymi stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane, w sytuacji gdy spełnione są kryteria stosunku pracy.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia, dlatego nie powinien określać, jaka liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę będzie brała udział w realizacji zamówienia.

Stanowisko to budzi jednak wątpliwości i kontrowersje.

Do zagadnienia wskazania przez zamawiającego liczby pracowników zatrudnianych na podstawie stosunku pracy odniósł się również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w jednej z kontroli.

Czy zamawiający określając liczbę pracowników do wykonania wskazanych przez niego czynności narzuca wykonawcy i podwykonawcy swoją politykę zatrudniania pracowników?

Problematyka ta została omówiona w artykule „Zatrudnianie przez wykonawcę osób na podstawie stosunku pracy”.

Józef Edmund Nowicki

Redaktor naczelny

Spis treści

	<i>Zatrudnianie osób na podstawie stosunku pracy</i>			<i>Opis przedmiotu zamówienia</i>
7	Zatrudnianie przez wykonawcę osób na podstawie stosunku pracy	38		Czy jest dopuszczalny opis przedmiotu zamówienia, który wymusza tworzenie konsorcjum?
	<i>Termin składania ofert</i>			<i>Tajemnica przedsiębiorstwa</i>
15	Termin liczony w sekundach przy składaniu ofert	43		Poinformowanie wykonawcy o odtajnieniu treści złożonego dokumentu
	<i>Umowa w sprawie zamówienia publicznego</i>			<i>Podwykonawstwo</i>
18	Brak w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych i obligatoryjnej waloryzacji	45		Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy – usuwamy wątpliwości
	<i>Podział zamówienia na części</i>			<i>Przedmiotowe środki dowodowe</i>
20	Kiedy zamawiający może stosować Art. 30 ust. 4 ustawy Pzp?	51		Próbki, demonstracja i prezentacja
	<i>Rozmowa z ekspertem</i>			<i>Odrzucenie oferty</i>
22	Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych? JUSTYNA ANDAŁA – SĘPKOWSKA	54		Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty
	<i>Podatek VAT w ofercie</i>			<i>To budzi kontrowersje</i>
24	Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych? BARTŁOMIEJ MILUCH	57		Czy zamawiający może udzielić zamówienia bez pisemnej zgody wykonawcy na wybór jego oferty, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty?
	<i>Forma elektroniczna</i>			<i>Zamówienia na roboty budowlane</i>
26	Skan formy pisemnej JEDZ opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym notariusza	60		Odbiory częściowe i odbiór końcowy robót budowlanych
	<i>Komunikacja z wykonawcą</i>			<i>Wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych</i>
29	Filtr antyspamowy w komunikacji z wykonawcą	63		Aktualność polisy OC
	<i>Self-cleaning</i>			<i>Zatrzymanie wadium</i>
33	Zainicjowanie procedury „self-cleaningu” to obowiązek zamawiającego czy wykonawcy?	66		Znaczenie winy wykonawcy w zatrzymaniu wadium
	<i>Kryteria oceny ofert</i>			
36	Czy posiadanie autoryzacji producenta to kryterium odnoszące się do właściwości wykonawcy?	69		

*Opinie prawne Urzędu Zamówień
Publicznych*

- 75 Interpretacja art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w kontekście zakupu dostępu do zagranicznych baz danych i informacji bibliotecznej
- 77 Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp
- 79 Interpretacja art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp z związku z art. 469 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce
- 81 Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp
- 83 Zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych
- 85 Podstawy zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w związku z przepisami ograniczającymi wysokość cen energii elektrycznej

*Zmiany w ustawie - Prawo zamówień
publicznych*

- 89 Nowelizacja ustawy Pzp w zakresie usług społecznych i innych szczególnych usług
- 92 Nowelizacja ustawy Pzp w zakresie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy i podwykonawcy
- 96 Ustawa o zakupie preferencyjnym paliwa stałego dla gospodarstw domowych
- 98 *Zamówienia publiczne
w pytaniach i odpowiedziach*





Przygotowanie i przeprowadzanie
postępowań o udzielanie zamówień

Kontrola ex-ante i ex-post zamówień
publicznych

Organizacja szkoleń, seminariów, studiów
podyplomowych i konferencji

Działalność wydawnicza, publikacje elektroniczne

Reprezentowanie zamawiających i wykonawców w
postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą i
sądem zamówień publicznych

Doradztwo w przypadku kontroli zamówień
publicznych wykonywanych przez Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych, NIK, CBA,
ABW, urzędy kontroli skarbowej, regionalne
izby obrachunkowe i unijne instytucje
kontrolne

Ekspertyzy i opinie prawne
z zakresu stosowania
przepisów o zamówieniach publicznych

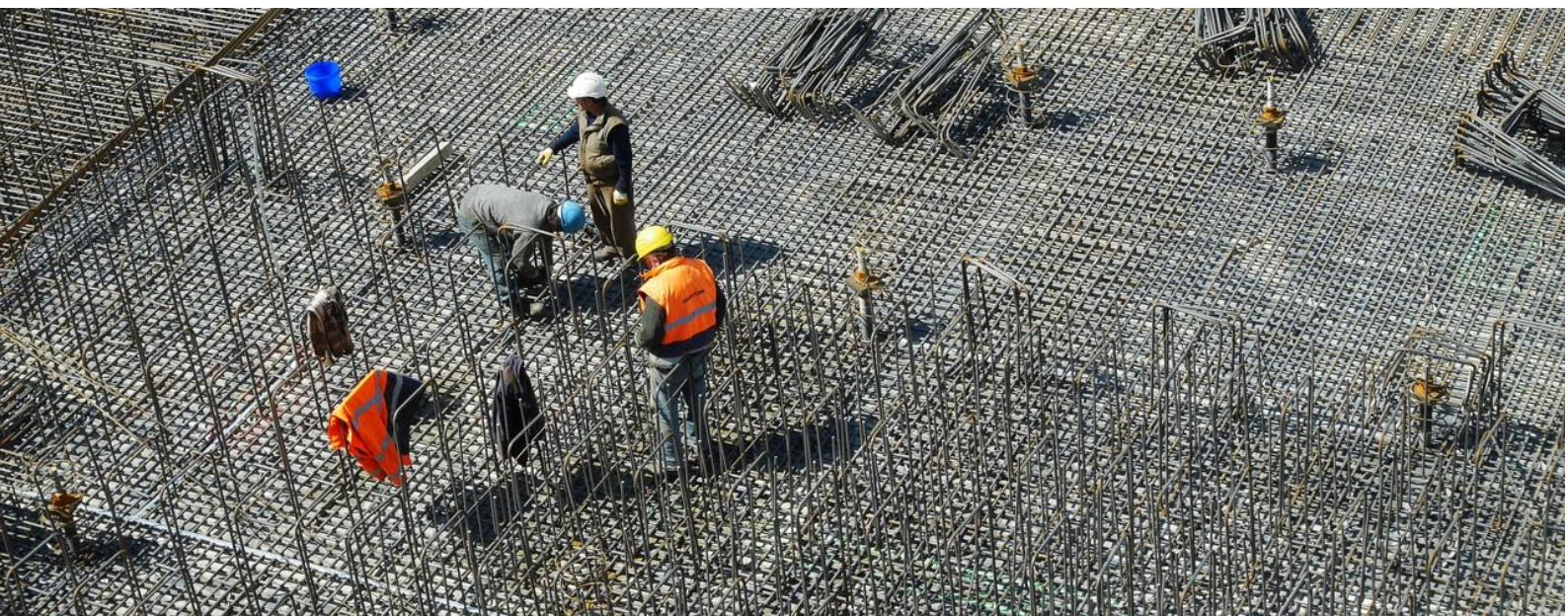
Reprezentowanie w postępowaniach w
sprawach naruszenie dyscypliny finansów
publicznych przy udzielaniu zamówień
publicznych

tel. **883 689 848**

email: kancelaria@conexis.pl

www.conexis.pl

Zatrudnianie przez wykonawcę osób na podstawie stosunku pracy



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w doradztwie z zakresu zamówień publicznych. Redaktor naczelny w czasopismach wPrzetargach.pl i Rynek Przetargowy. Wykładowca problematyki zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2022 r. poz. 1510, 1700) - w skrócie „K.p.”

Interpretacja art. 95 ustawy Pzp wymaga wykładni celowościowej. Jak bowiem wynika z uzasadnienia Rządowego projektu zmiany ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366), wolą ustawodawcy było uregulowanie statusu pracownika w zamówieniach publicznych z uwzględnieniem aspektów społecznych poprzez m.in. stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane, w sytuacji gdy spełnione są kryteria stosunku pracy

określone w art. 22 § 1 K.p. Obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest zatem wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Celem art. 95 ustawy Pzp jest zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to zamawiający będzie obowiązany określić w dokumentach zamówienia w szczególności: rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób i uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Przepis art. 95 ust. 1 ustawy Pzp ma zatem zastosowanie do wykonywania przez osoby skierowane (przez wykonawcę) do realizacji zamówienia, czynności określonego rodzaju (określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane) na rzecz wykonawcy, pod jego kierownictwem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez wykonawcę oraz za wynagrodzeniem, jakie otrzyma od wykonawcy, tj., jeżeli wykonywanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy.

Przepis art. 95 ustawy Pzp nie dotyczy dostaw.

Wymagania dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę odnoszą się zarówno do wykonawcy, jak i podwykonawców, którym wykonawca powierza realizację części zamówienia.

W przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, określa w dokumentach zamówienia (np. w SWZ) w szczególności: rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez

wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób oraz uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań (art. 95 ust. 2 ustawy Pzp).

W celu ustalenia, które czynności będą wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy (czy dana czynność ma cechy stosunku pracy) zamawiający powinien wziąć pod uwagę następujące czynniki: (1) czy ma ona charakter czynności wykonywanej w określonych godzinach i miejscu oraz warunkach podporządkowania określonym normom porządkowym (np. regulamin pracy), (2) czy też czynności doraźnej, której efektem ma być osiągnięcie określonego rezultatu, (3) czy ma być realizowana pod kierownictwem i zgodnie z poleceniami i konkretnymi wytycznymi wykonawcy, czy też osoba wykonująca tę czynność w ramach realizacji zamówienia będzie miała swobodę odnośnie organizacji swojej pracy oraz doboru metod służących osiągnięciu oczekiwanego rezultatu. Pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane np. przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy pracowników ochrony (czynności świadczenia usług ochrony), wykonanie wykopów, zasypek, podsypek, wylanie asfaltu, lub kładzenie instalacji.

Przepis art. 95 ustawy Pzp nie ma zastosowania do osób, które w ramach realizacji zamówienia będą miały swobodę (autonomię) w zakresie wykonywania swojej pracy oraz doboru metod służących osiągnięciu oczekiwanego rezultatu (np. programista, biegły rewident, radca prawny, lekarz, osoby wykonujące działalność obejmującą projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i technicznych oraz sprawowanie nadzoru autorskiego, kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi, kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów, wykonywanie nadzoru inwestorskiego, sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych).

Na podstawie art. 134 ust. 2 pkt 14 oraz art. 281 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp SWZ musi zawierać wy-

magania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje takie wymagania.

Zgodnie natomiast z art. 438 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, przewidującej wymagania określone w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, w jej treści zawiera się postanowienia dotyczące sposobu dokumentowania zatrudnienia oraz kontroli spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz postanowienia dotyczące sankcji z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp.

W celu weryfikacji zatrudnienia, przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, umowa musi przewidywać możliwość żądania przez zamawiającego w szczególności: oświadczenia zatrudnionego pracownika, oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę, poświadczanej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika, a także innych dokumentów. Wszystkie te dokumenty muszą jednak zawierać informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika (art. 438 ust. 2 ustawy Pzp). W celu weryfikacji zatrudnienia, przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, zamawiający może żądać innych oświadczeń i dokumentów niż wskazane w art. 438 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wadę postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku odstąpienia od obowiązku kontroli sposobu zatrudnienia zwrócono uwagę **w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 3 marca 2017 r., KU/9/17**. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała postanowień określonych w art. 36 ust. 8a lit a) oraz b) Pzp2004, tj.: opisu sposobu dokumentowania zatrudnienia

osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a Pzp2004 oraz opisu uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a Pzp2004, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „**art. 36 ust. 8a Pzp2004 wyznacza minimalna zawartość SIWZ w sytuacji zidentyfikowania czynności polegających na wykonywaniu pracy w zamówieniu publicznym**. Z uwagi na wagę informacji zawartych w przesłankach a) - c) art. 36 ust. 8a Pzp2004 nie można ocenić, że są to informacje fakultatywne, a zamawiający może pominąć część z nich. Pozytywna ocena zamawiającego, skutkująca stwierdzeniem, że określone czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, rodzi zatem po jego stronie w pierwszej kolejności obowiązek wskazania rodzaju tych czynności w SIWZ (pkt c). Jednocześnie, co wymaga podkreślenia, zamawiający w celu sprawowania kontroli nad realizacją wymagania, zawartego w art. 29 ust. 3a Pzp2004, powinien również zamieścić w SIWZ odpowiednie zapisy w tym przedmiocie, uwzględniające także odpowiednie dokumentowanie zatrudnienia i stosowne sankcje. W przeciwnym wypadku (tj. braku kontroli na etapie wykonania umowy), wykonawcy mogliby uzyskać zamówienie, deklarując fikcyjne zobowiązania dotyczące zatrudnienia na podstawie umów o pracę. W konsekwencji, wobec braku zawarcia w SIWZ w kontrolowanym postępowaniu postanowień dotyczących sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a Pzp2004 oraz uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a Pzp2004, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, należy stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 36 ust. 8a lit. a) oraz b) Pzp2004.”

W informacji „**Wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia**” (Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2021, s. 31-32), Urząd Zamówień Publicznych stwierdza, że „**zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia**. Z tego też tytułu, zama-

wiający nie powinien określać, jaka liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę będzie brała udział w realizacji zamówienia. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.”

Ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych można zgodzić się, jednak stanowisko to wymaga jednak analizy (w dalszej części artykułu zostaną przedstawione wątpliwości dotyczące tego stanowiska). Zamawiający określając liczbę pracowników do wykonania wskazanych przez niego czynności (polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 K.p.) narzuca wykonawcy i podwykonawcy przede wszystkim politykę zatrudniania pracowników: liczbę zatrudnianych pracowników i ich wymiary czasu pracy, sposób „wykorzystania” zatrudnionych pracowników w realizacji zamówienia. Nie można bowiem zapomnieć o pracownikach wykonawcy, którzy nie są zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy (w przypadku, gdy zamawiający wymaga zatrudnienia określonej liczby pracowników wyłącznie w pełnym wymiarze czasu pracy), a którzy mogą również wykonywać czynności wskazane przez zamawiającego.

Co więcej, wymaganie od wykonawcy i podwykonawcy liczby pracowników zamawiający może utrudniać wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia. Wymaganie przez zamawiającego, aby wskazane przez niego czynności w zakresie realizacji zamówienia były wykonywane przez 20 pracowników, każdy w wymiarze czasu pracy 1 etat, może utrudniać ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy mogą zapewnić wykonanie tych przez 12 pracowników zatrudnionych w wymiarze czasu pracy 1 etat (pełen etat) i 16 pracowników zatrudnionych w wymiarze czasu pracy 0,5 etatu.

Do zagadnienia wskazania przez zamawiającego liczby pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do wykonania wskazanych przez zamawiającego czynności (polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 K.p.) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od-

niósł się również w informacji o wyniku kontroli KND/1/20/DKZP (Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2021, s. 31-32). Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający na podstawie art. 29 ust. 3a Pzp2004 wymagał, by przy realizacji zamówienia wykonawca, z którym zamawiający podpisze umowę skierował do realizacji umowy pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w pełnym wymiarze godzin na cały okres realizacji umowy.

Zamawiający wymagał zatrudnienia na umowę o pracę:

- 1) dla części I: 10 osób, które będą wykonywać roboty budowlane związane z remontem w tym:
 - 1 osobę do prac elektrycznych,
 - 3 osoby do prac hydraulicznych,
 - 2 osoby do prac dekarских,
 - 4 osoby do prac ogólnobudowlanych mających doświadczenie przy realizacji termomodernizacji.
- 2) dla części II: 2 osób, które będą wykonywać roboty budowlane związane z remontem w tym 2 pracowników ogólnobudowlanych mających doświadczenie przy realizacji zamówienia dotyczącego malowania elewacji.

Przed podpisaniem umowy wykonawca lub podwykonawca był obowiązany przedłożyć zamawiającemu listę pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Zamawiający na etapie realizacji umowy żądał również od wykonawcy lub podwykonawcy przedstawienia, w stosunku do tych osób poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę umów o pracę zawartych na czas realizacji zamówienia, a także na każde wezwanie zamawiającego wykonawca lub podwykonawca musi przedstawić dokument potwierdzający opłacanie składek na ZUS dla tych osób. Kopia umowy o pracę powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. w szczególności bez adresów, nr PESEL pracowników). Imię i na-

zwisko pracownika nie podlega anonimizacji. Informacje takie jak: data zwarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania”.

W cenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w postępowaniu „zamawiający określając liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do wykonania wskazanych przez zamawiającego czynności (polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 K.p.) narzuca wykonawcy lub podwykonawcom sposób realizacji zamówienia. A zatem, nie tylko określa rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia (których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę), ale również wskazuje określoną liczbę pracowników do wykonania tych czynności. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.”

Stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych oraz informacji o wyniku kontroli KND/1/20/DKZP, wśród budzi jednak kontrowersje, ponieważ w praktyce udzielania zamówień publicznych wymaganie liczby pracowników do wykonywania wskazanych przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia jest powszechnie praktykowane.

Ponadto, czy poprzez stwierdzenie, że „zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia.” należy przyjąć, że Urząd Zamówień Publicznych nie wyraził jednoznacznego stanowiska o niedopuszczalności

wymagania liczby i okresu wymaganego zatrudnienia pracowników? A jeżeli tak, to jak należy rozumieć stanowisko wyrażone w dalszej części opinii, iż „Z tego też tytułu, zamawiający nie powinien określać, jaka liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę będzie brała udział w realizacji zamówienia. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.”, a także stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli KND/1/20/DKZP („zamawiający określając liczbę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę do wykonania wskazanych przez zamawiającego czynności (polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 K.p.) narzuca wykonawcy lub podwykonawcom sposób realizacji zamówienia. A zatem, nie tylko określa rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia (których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę), ale również wskazuje określoną liczbę pracowników do wykonania tych czynności. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.”).

Czy podstawą do wymagania liczby i okresu wymaganego zatrudnienia pracowników może być użycie w art. 95 ust. 2 ustawy Pzp wyrażenia „w szczególności”? Jeżeli tak, to i w tym przypadku jak wytłumaczyć stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych oraz informacji o wyni-



ku kontroli KND/1/20/DKZP?

W praktyce udzielania zamówień publicznych jest wyrażany również pogląd, że określenie minimalnej liczby osób, które wykonawca i podwykonawca będą obowiązani zatrudnić na podstawie stosunku pracy do wykonywania wskazanych przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia oraz wymiaru czasu ich pracy, będzie zgodne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i prowadzić będzie do porównywalności ofert. W przeciwnym razie oferty wykonawców będą nieporównywalne.

W świetle stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych, a także Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w informacji o wyniku kontroli KND/1/20/DKZP, powstaje także wątpliwość, czy za dopuszczalne należy uznać wymaganie przez zamawiającego zatrudnienia np. 20 pracowników, każdy w wymiarze czasu pracy 1 etat lub 12 pracowników w wymiarze czasu pracy 1 etat i 16 pracowników zatrudnionymi w wymiarze czasu pracy 0,5 etatu.

Podkreślenia wymaga, że liczbę i okres wymaganego zatrudnienia osób (w tym także pracowników), zamawiający może określić w dokumentach zamówienia, w przypadku, gdy na podstawie art. 96 ust. 1 ustawy Pzp określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia inne niż określone w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia (zob. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp). Warto jednak zwrócić uwagę, że w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca wyraźnie wskazuje: „inne niż określone w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymagania związane z realizacją zamówienia”. Wymagania, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp odnoszą się do specyficznej kategorii zatrudnianych osób (zob. art. 96 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Ponadto, przepis art. 96 ustawy Pzp, w odróżnieniu od art. 95 tej ustawy, ustanawia uprawnienie („Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia”), a nie obowiązek dla zamawiających („Zamawiający

określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane”).

Stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych oraz informacji o wyniku kontroli KND/1/20/DKZP, może budzić wątpliwości na gruncie stanowiska wyrażonego w opinii prawnej „Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp”, w której Urząd Zamówień Publicznych stwierdza, że „Katalog z art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp jest katalogiem otwartym. Należy jednak zaznaczyć, że zwrot „w szczególności” należy interpretować analogicznie jak zwrot „co najmniej”. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było bowiem określenie minimalnej zawartości specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji zidentyfikowania czynności polegających na wykonywaniu pracy w zamówieniu publicznym.”

Co więcej, stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych oraz informacji o wyniku kontroli KND/1/20/DKZP, może budzić wątpliwości na gruncie opinii prawnej „Możliwość zobowiązania wykonawców lub podwykonawców do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp)” dotyczącej art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp2004, który umożliwiał zamawiającemu zamieszczanie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań w aspekcie społecznym, związanych z realizacją umowy, a dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są czynności niezbędne do realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, których wykonywanie odpowiada warunkom wykonywania pracy, określonym w przepisach kodeksu pracy. W opinii tej Urząd Zamówień Publicznych uznał, że „Zamawiający, stosując art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, powinien określić w SIWZ, których prac niezbędnych do realizacji zamówienia, dotyczą wymagania zatrudnienia personelu wykonawcy i/lub podwykonawcy na podstawie umowy o pracę (art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d ustawy Pzp). Zamawiający w celu sprawowania kontroli nad realizacją wymagania, zawartego w art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, powinien na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. c ustawy Pzp, zamieścić w SIWZ i we wzorze umowy w sprawie zamówienia odpowiednie zapisy w tym przedmiocie. W określonych przy-

padkach, uzasadnionych charakterem zamówienia, zamawiający może sprecyzować w SIWZ również liczbę osób, które wykonawca i/lub podwykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę, okres wymaganego zatrudnienia tych osób czy sposób dokumentowania ich zatrudnienia. W przypadku postawienia powyższych wymagań zamawiający powinien określić w umowie sankcje związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w przedmiotowym zakresie. (...) W przypadku skorzystania z powyższego uprawnienia, celem zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający powinien - stosownie do konkretnych okoliczności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sprecyzować w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obok rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, także m.in. liczbę osób, które wykonawca i/lub podwykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę, okres wymaganego zatrudnienia tych osób, sposób dokumentowania ich zatrudnienia, a także sankcje związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w przedmiotowym zakresie."

W uchwale z dnia 1 marca 2019 r., KIO/KD 14/19 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że „przepis art. 29 ust. 3a Pzp2004 w całości dotyczy elementów, które składają się na opis przedmiotu zamówienia, natomiast przepis ten nie odnosi się, ani do zamówień zastrzeżonych dla osób marginalizowanych - art. 29 ust. 4 Pzp2004, ani do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b Pzp2004. Przepis ten bowiem wprost wskazuje, że to zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane określa czynności, które nadają się do wykonania w ramach stosunku pracy i dla takich czynności zamawiający ma obowiązek ustawowy wymagać zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, a w konsekwencji zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt. 8a Pzp2004 określić sposób dokumentowania tego zatrudnienia i rodzaj czynności, które powinny być realizowane przez pracowników wykonawcy lub jeśli zatrudnia on podwykonawców do wykonania tych czynności, także pracowników tych podwykonawców. **Nie chodzi zatem w przepisie art. 29 ust. 3a Pzp2004 o funkcje czy stanowi-**

ska, które powinny być utworzone dla realizacji zamówienia, ale o dany zakres czynności, jakie składają się na wykonanie zamówienia, których wykonanie odbywa się na rzecz tego wykonawcy lub podwykonawcy, pod jego kierownictwem, w miejscu i czasie wskazanym przez wykonawcę lub podwykonawcę i za wynagrodzeniem umówionym z wykonawcą lub podwykonawcą."

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że przepis art. 29 ust. 3a Pzp2004 „stanowi realizację polityki socjalnej państwa, której celem jest ograniczenie zatrudnienia pracowników na podstawie umów cywilnoprawnych, w sytuacji, gdy charakter prawny danego świadczenia odpowiada cechom stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 K.p. i ma przeciwdziałać obchodzeniu przez wykonawców i podwykonawców przepisu art. 22 § 1² K.p."

W wyroku z dnia 7 lipca 2020 r., KIO 928/20 uznano, że z przepisów art. 29 ust. 3a Pzp2004 jednoznacznie wynika, że na zamawiającym spoczywa obowiązek przeanalizowania i stwierdzenia czy czynności konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia z punktu widzenia powyżej przywołanych przepisów Kodeksu pracy powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy. Innymi słowy w ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, czy konkretne czynności muszą być wykonywane w ramach stosunku pracy czy też mogą być wykonane na podstawie umowy cywilnoprawnej. W razie stwierdzenia, że wykonywanie czynności niezbędnych dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia polega na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, zamawiający nie może odstąpić od stosowania art. 95 ustawy Pzp z powołaniem się na nieposiadanie wystarczającej wiedzy co 15 do tego, jaki rodzaj czynności jest niezbędny dla wykonania zamówienia, które zamierza udzielić. Stąd przygotowanie warunków zamówienia powinno również obejmować przeprowadzenie analizy w tym zakresie, jako przejawu uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, do czego obliuguje przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszeniem art. 95 ustawy Pzp będzie wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie

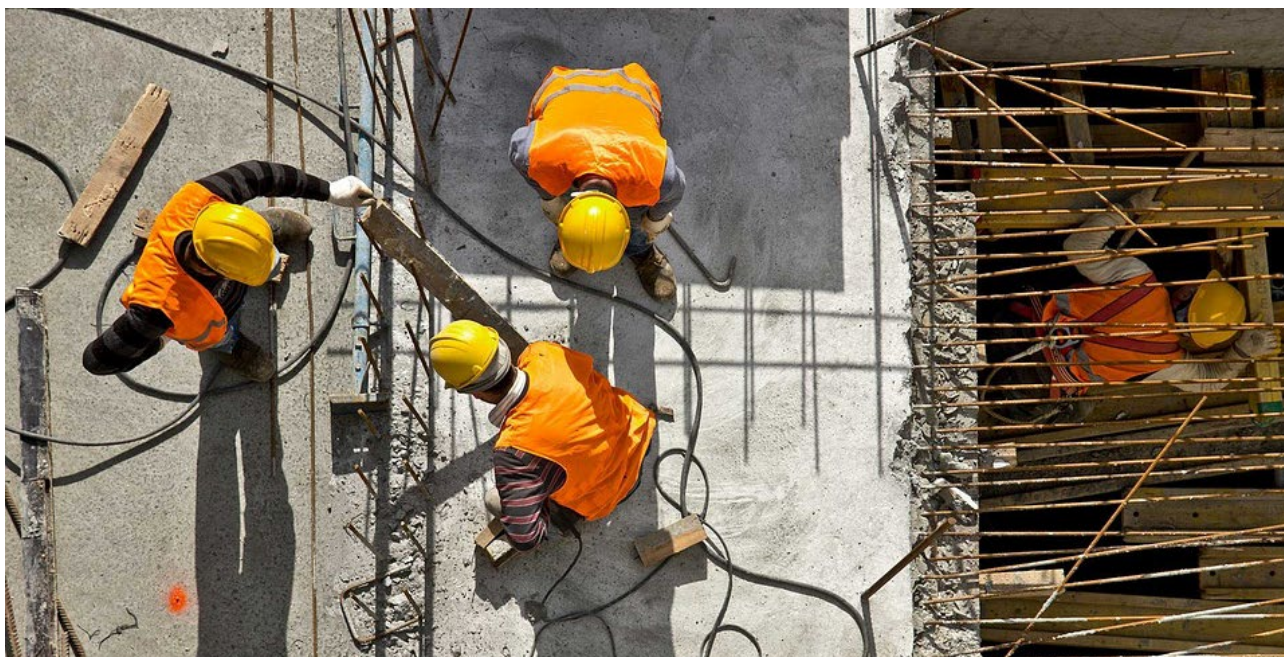
doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji etc. Zamawiający nie może również zwolnić się z obowiązku stosowania art. 95 ustawy Pzp z tego powodu, że w jego ocenie dzięki szczególnym wymaganiom wynikającym z przepisów o koncesjonowaniu działalności gospodarczej mało prawdopodobne jest, aby do wykonywania czynności związanych z remontem pojazdu wojskowego doszło do zawierania tzw. umów śmieciowych czyli umów cywilnoprawnych zamiast umów o pracę.

W wyroku z dnia 28 listopada 2016 r., KIO 2152/16 skład orzekający nie podzielił stanowiska odwołującego, jakoby czynności polegające na świadczeniu usług opiekuńczych, nie mogły być wykonywane w ramach stosunku pracy zdefiniowanego w sposób określony w art. 22 § 1 K.p. i nie polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w tym przepisie. W ocenie składu orzekającego „można zauważyć w odniesieniu do argumentacji odwołującego, że praca w ramach stosunku pracy w wielu zawodach może i jest wykonywana poza siedzibą

pracodawcy, również rozkłady czasu pracy podlegają dostosowaniu do specyfiki pracy, także sposób wykonywania nadzoru i kierownictwa wynika z potrzeb i organizacji pracy prowadzonej przez pracodawcę. W tym kontekście również usługi opiekuńcze mogą być wykonywane w ramach świadczenia pracy.”

W wyroku z dnia 24 listopada 2016 r., KIO 2101/16 zwrócono uwagę, że „Czytając literalnie przepis art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, należałoby dojść do wniosku, że osoba prowadząca działalność gospodarczą nie jest w stanie spełnić wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a więc nie może wziąć udziału w przetargu. Z drugiej jednak strony, trudno dyskryminować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Dlatego też art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, należy interpretować przez pryzmat celu, jaki przyświecał ustawodawcy. **W zakresie spółki osobowej, w której wspólnicy będą samodzielnie świadczyli pracę w zakresie czynności określonych przez zamawiającego, brak jest możliwości zastosowania obowiązku zatrudniania takich osób na umowę o pracę.**”

Wskazanie przez zamawiającego określonej liczby pracowników i wymiaru czasu ich pracy stanowią warunki zamówienia. W przypadku udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 lub art. 305 pkt 2 ustawy Pzp, zmiana określonej liczby pracowników i wymiaru czasu ich pracy może być uznana przez kontrolujących za istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia.



TERMIN LICZONY W SEKUNDACH PRZY SKŁADANIU OFERT



Po pierwsze - termin składania ofert w tym postępowaniu upływał 15 grudnia 2020 r. o godz. 12:00, czyli tego dnia „w samo południe”, jeszcze inaczej mówiąc „punkt 12”. Taki sposób oznaczenia godziny jest jednoznaczny i wskazuje dokładanie moment, a nie okres czasu. Co więcej samo oznaczenie godzinowe bez minut również wskazywałoby na dokładnie ten sam chwilę. Podobnie nie miałyby znaczenia, gdyby SIWZ oznaczenie godziny nie poprzedzono przyimkiem „do”. Tym niemniej określenie w pkt 4.6.2.1. SIWZ, że oferty należy składać „nie później niż do dnia 15 grudnia 2020 r. do godz. 12:00” jest tak wyczerpująco i dobitnie sformułowane, że jest zrozumiałe samo przez się i nie poddaje się innej interpretacji niż literalna.

Prezentowany przez Odwołującego pogląd, jakoby pełna godzina kończyła się 59 sekund później, jest oczywiście nieuzasadniony z punktu widzenia elementarnej wiedzy i podstawowych zasad logiki, nie

mówiąc o doświadczeniu życiowym. Wbrew temu, co zdaje się sugerować Odwołujący, po wybiciu pełnej godziny biegają sekundy pierwszej minuty następnej godziny i po 60 sekundach ta pierwsza minuta się kończy, a nie zaczyna.

Do przykładów podanych trafnie w odpowiedzi na odwołania dodać można jeszcze jeden z życia i zarazem z przepisów wzięty. Otóż zgodnie w art. 39 § 2 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1319) uregulowano w szczególności, że głosowanie odbywa się bez przerwy od godziny 7:00 do godziny 21:00. Przy czym z § 4 tego samego art. wynika, że o godzinie zakończenia głosowania zarządza się właśnie zakończenie głosowania, z wyjątkiem wyborców, którzy przybyli do lokalu wyborczego przed godziną zakończenia głosowania. Przy analogicznej jak w tym postępowaniu formule określenia upływu terminu końcowego w formule „hh:mm” nikt nie ma

wątpliwości, że 21:00:01 przypada już po tak oznaczonej przepisami chwili zakończenia głosowania.

Oczywiście błędne jest przy tym powoływanie się, choćby na zasadzie analogi, na przepisy z tytułu V Kodeksu cywilnego dotyczących terminów, gdyż regulacje zawarte w art. 111-114 odnoszą się do terminu liczonego w latach, miesiącach, tygodniach lub dniach, czyli terminu rozumianego jako okres czasu, odcinek na linii czasu pomiędzy punktem początkowym a końcowym. Natomiast w tym przypadku chodzi o termin końcowy okresu na złożenie ofert, czyli termin rozumiany jako punkt na linii czasu. Co do terminu w takim rozumieniu art. 115 k.c. stanowi, że jeżeli li koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą, co nic nie wnosi do tej sprawy.

Po drugie - w pkt 4.2.6.2. zdanie drugie SIWZ precyzyjnie opisano, w jaki sposób identyfikowana jest chwila złożenia oferty. Co prawda w odwołaniu postanowienie to przytoczone zostało w całości, jednak dalej wyciągnięte wnioski sprowadzają się do uwypuklenia wyłącznie pierwszego i pominięcia drugiego elementu, który właśnie dotyczy identyfikacji, kiedy dokładanie oferta została zapisana na serwerze platformy zakupowej. Zatem o ile komunikat „oferta została złożona poprawnie” może potwierdzać fakt poprawnego zapisania jej na serwerze platformy, o tyle dla określenia momentu, kiedy to nastąpiło, miarodajna jest informacja o terminie jej złożenia, która powinna być dostępna dla wykonawcy po zalogowaniu się na swoje konto użytkownika.

Po trzecie - okoliczność, że Konsorcjum nie mogło sprawdzić tej informacji na własnym koncie (co dowiódł przeprowadzony na rozprawie w tym zakresie eksperyment procesowy) nie wpływa na to, że w systemie dochodzi automatycznie do zapisania oferty na serwerze platformy, a w konsekwencji możliwe jest ustalenie, kiedy obiektywnie to nastąpiło.

Podkreślić należy, że na skutek złożenia reklamacji Konsorcjum otrzymało od Zamawiającego nie tylko informację, kiedy nastąpił zapis oferty na serwerze platformy, ale również źródłowe logi wy-

generowane w jej systemie, na podstawie których to ustalono. Co ważniejsze, Odwołujący sam wskazał na nie jako na istotny w sprawie dowód, czyli nie zakwestionował ich wiarygodności.

Po czwarte - z tych logów wynika jednoznacznie, że oferta Konsorcjum została zapisana na serwerze platformy 15 grudnia 2020 r. 49 sekund po godzinie 12. Natomiast Odwołujący nie potrafił lub nie chciał odczytać tej informacji w otrzymanym pliku w taki sposób, jaki wskazano w odpowiedzi na odwołanie. Nie ma zatem żadnej wewnętrznej sprzeczności w informacjach przekazanych przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na reklamację Konsorcjum.

Po piąte - również eksperyment przeprowadzony na rozprawie, polegający na zalogowaniu się do platformy przez pracownika Zamawiającego wykazał, że system zarejestrował złożenie oferty o powyższej godzinie i domyślnie zablokował dostęp do jej treści.

Resumując - Konsorcjum złożyło ofertę po upływie terminu składania ofert w tym postępowaniu.

Z uwagi na to, że w odwołaniu nie zostało sprecyzowane, na czym konkretnie miałyby polegać wadliwe działania i błędne skonfigurowanie platformy zakupowej, a tym bardziej, w jaki sposób miało to wpłynąć na przebieg procesu składania oferty przez Konsorcjum, wnioskowany w odwołaniu i podtrzymany na rozprawie wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka Pana R. B. podlegał oddaleniu jako bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Z tego samego powodu, a ponadto wobec braku potrzeby zasięgnięcia wiadomości specjalnych dla ustalenia istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych, oddalono również zawarty w odwołaniu i podtrzymany na rozprawie wniosek o przeprowadzenie opinii biegłego do spraw informatyki i programowania na okoliczność wadliwości działania i błędnego skonfigurowania działania platformy zakupowej używanej przez Zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania.

Podkreślić należy, że wnioski dowodowe nie mogą służyć zidentyfikowaniu okoliczności faktycznych, a jedynie potwierdzeniu tych okoliczności, które zostały sprecyzowane w odwołaniu.

W tych okolicznościach Izba zarzuty odwołania są niezasadne.

Mając na uwadze datę opublikowania ogłoszenia o tym zamówieniu oraz datę wniesienia rozpoznawanego odwołania zarówno do postępowania o udzielenie zamówienia, jak i postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie odpowiednio z art. 91 ust. 1 oraz z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 z późn. zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.).

Zaznaczyć należy, że według art. 192 ust. 7 Pzp2004 Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r., XII Ga 92/12).

Stąd o ile z art. 190 ust. 1 Pzp2004 wynika, że dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzone są skutki prawne, mogą być zgłaszane aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności faktyczne muszą być uprzednio zawarte w odwołaniu złożonym do upływu zawitego terminu na jego złożenie.

Skoro w odwołaniu nie sprecyzowano, na czym konkretnie miałyby polegać wadliwe działania i błędne skonfigurowanie platformy zakupowej, a tym bardziej, w jaki sposób miało to wpłynąć na przebieg procesu składania oferty przez Konsorcjum, okoliczności te nie mogły zostać uzupełnione na rozprawie w drodze przeprowadzenia wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z przesłuchania świadka i opinii biegłego.

Zgodnie z art. 84 ust. 2 zdanie drugie Pzp2004 w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp2004, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Ponieważ Konsorcjum złożyło w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę po terminie wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, Zamawiający prawidłowo zawiadomił je o tym fakcie.

W konsekwencji Zamawiający nie naruszył:

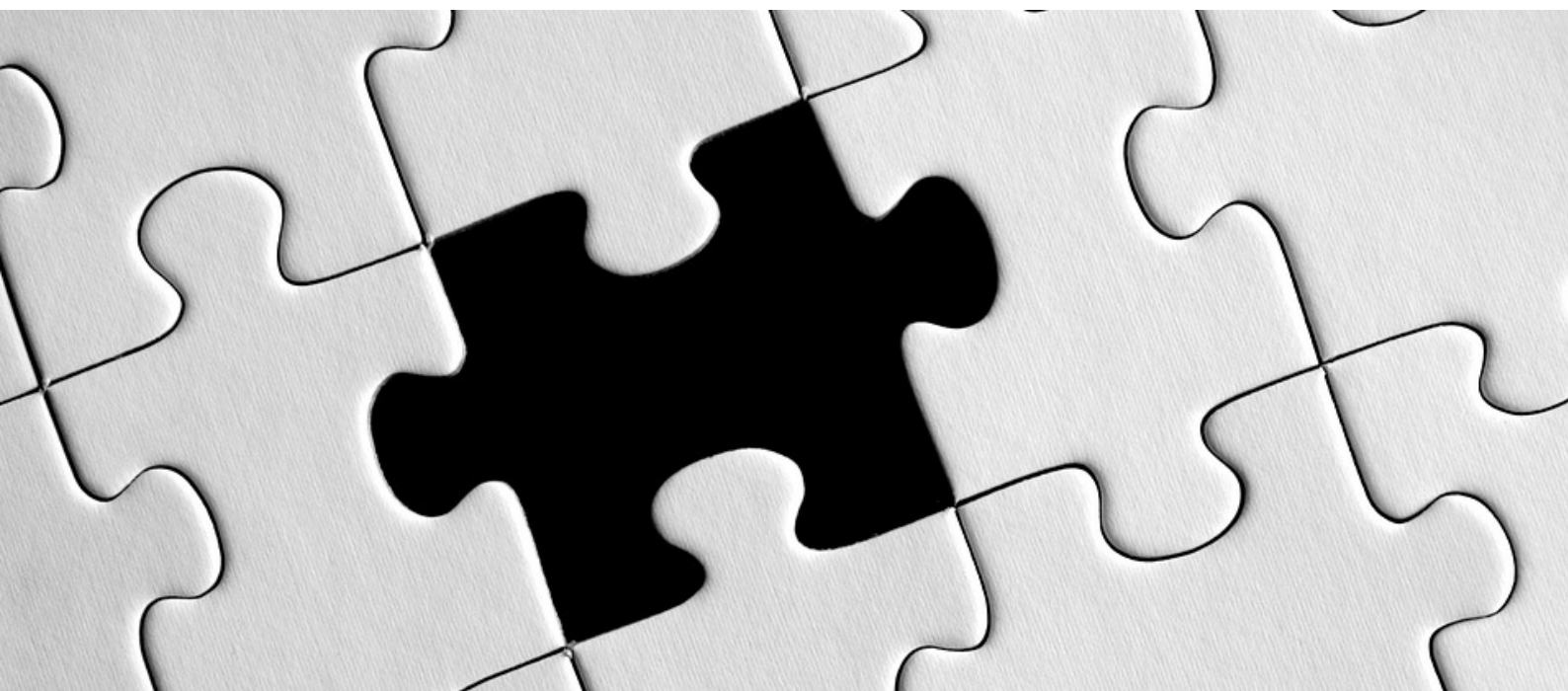
- art. 86 ust. 2 i 4 Pzp2004, gdyż podanie podczas publicznego otwarcia ofert nazw (firm) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach dotyczy wyłącznie ofert, które
- zostały złożone do upływu terminu składania ofert, a zatem Zamawiający nie otwierając w ogóle oferty Konsorcjum postąpił prawidłowo; - art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp2004, gdyż nieotwarcie oferty, która została złożona po terminie nie oznacza, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wręcz przeciwnie, że w tym zakresie Zamawiający postąpił prawidłowo.

Natomiast do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp2004 - polegającego na tym, że Konsorcjum nie mogło sprawdzić we własnym zakresie na platformie, kiedy według systemu złożyło ofertę - doszło w zakresie zasady przejrzystości, jednak nie ma to istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie tego zamówienia.

Wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., KIO 3455/20

Źródło: www.uzp.gov.pl

Brak w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych i obligatoryjnej waloryzacji



W wyroku z dnia 30 marca 2022 r., KIO 636/22 uznano, że brak w projekcie umowy wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp jest wadą postępowania, w tym znaczeniu, że projektowane postanowienia umowy zawierają określone braki w stosunku do wymagań wynikających z przepisów prawa. Jest to wada umowy, a nie wada postępowania stanowiącą podstawę unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że stwierdzenie przez zamawiającego, że postępowanie jest obarczone określoną wadą (w tym przypadku niezgodnością projektowanych postanowień umowy z art.

436 pkt 3 oraz art. 439 ust. 2 ustawy Pzp), nie jest wystarczającą przesłanką unieważnienia postępowania. Zamawiający powinien dodatkowo ustalić - oraz wykazać w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania - że wady te są na tyle istotne, że uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się z zamawiającym, że „z treści zawiadomienia wynika jednoznacznie, iż wskazane przez zamawiającego wady są na tyle istotne z punktu widzenia ustawy Pzp (w istotny sposób naruszają przepisy ustawy Pzp), że niemożliwe jest ich usunięcie, a co za tym idzie niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy o

udzielenie zamówienia publicznego”. Przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w ogóle nie odnosi się do kwestii wpływu dostrzeżonych naruszeń przepisów ustawy na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że

istotne jest również to, że w przedmiotowym postępowaniu brało wielu wykonawców (zostało złożonych 7 ofert), żaden z wykonawców nie zadawał pytań do SWZ ani żaden z wykonawców nie złożył w ustawowym terminie odwołania wobec treści SWZ w zakresie braku określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony czy braku zasad waloryzacji wynikającej z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wzięta pod uwagę także to, iż Odwołujący wskazał, że „po analizie umowy nie stwierdza przeciwwskazań do realizacji umowy ze strony technicznej. Odnosnie zapisów dotyczących kar umownych nie przewiduje takich procedur, gdyż do tego momentu realizuje inwestycje na czas”.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że zgodnie z treścią SWZ, zamawiający określił termin realizacji zadania do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W związku z powyższym, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej waloryzacja ma największe znaczenie w przypadku umów wieloletnich, w przypadku których wykonawcę obciążają znacznie większe ryzyka związane ze wzrostem kosztów wykonania zamówienia w całym okresie jego realizacji. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się z zamawiającym, że ze względu na „sytuację rynkową, ceny galopująco wzrastają, wzrasta inflacja, w związku z tym klauzula może być bardzo potrzebna”.

Reasumując, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, brak określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, jak i brak zasad waloryzacji wynikającej z art. 439

ust. 2 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik prowadzonego postępowania ani na czynność badania i oceny ofert i nie uniemożliwiało zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.



Kiedy zamawiający może stosować art. 30 ust. 4 ustawy Pzp?



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w doradztwie z zakresu zamówień publicznych. Redaktor naczelny w czasopismach wPrzetargach.pl i Rynek Przetargowy. Wykładowca problematyki zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy Pzp właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Przepis art. 30 ust. 4

ustawy Pzp wprowadza do przepisów ustawy Pzp regulacje przewidziane w art. 4 ust. 10 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 16 ust. 10 dyrektywy 2014/25/UE.

Przepis art. 30 ust. 4 ustawy Pzp może być stosowany do udzielania zamówień klasycznych, zamówień sektorowych, zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a także zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Przepis art. 30 ust. 4 ustawy Pzp stanowi *lex specialis* w

stosunku do art. 30 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i uprawnia zamawiającego, w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, do zastosowania wobec danej części zamówienia przepisów właściwych dla jej wartości, pod warunkiem, że podział zamówienia określony w tym przepisie nie prowadzi do celowego uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zastosowanie przepisu art. 30 ust. 4 ustawy Pzp nie może zatem naruszać art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy Pzp, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami (np. względy finansowe, organizacyjne).

Przykład nieprawidłowego zastosowania art. 30 ust. 4 ustawy Pzp

Wartość zamówienia klasycznego na dostawy sprzętu komputerowego, udzielanego przez zamawiającego publicznego wynosi 3 000 000 złotych. Zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia w dwóch częściach i ustalił wartości tych części następująco: wartość części 1: 2 880 000 złotych i wartość części 2: 120 000 złotych. Podział taki nie jest uzasadniony żadnymi obiektywnymi przyczynami. W ocenie zamawiającego udzielenie zamówienia na część 2 bez stosowania przepisów ustawy Pzp jest uzasadnione, ponieważ wartość części 2 zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro oraz wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Takie rozumienie stosowania art. 30

ust. 4 ustawy Pzp narusza przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie może bowiem dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy Pzp, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. W takim przypadku zamawiający do udzielenia zamówienia na część 2 będzie obowiązany stosować przepisy właściwe dla zamówień klasycznych na dostawy o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Taki obowiązek wynika z art. 30 ust. 2 ustawy Pzp („W przypadku, gdy zamawiający planuje nabycie podobnych dostaw, wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, nawet jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.”)

Przepis art. 30 ust. 4 ustawy Pzp nie dopuszcza bowiem odstępiania od zasady łącznego ustalania wartości zamówienia podzielonego na części, określonej w art. 30 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wskazuje natomiast, że niektóre części składające się na takie zamówienie mogą być udzielane w łagodniejszym reżimie ustawy Pzp niż wynikający z zasady łącznego szacowania poszczególnych części zamówienia lub bez stosowania przepisów ustawy Pzp, pod warunkiem, że wyodrębnienie części zamówienia, do której zamawiający (ze względu na wartość tej części) zamierza nie stosować przepisów ustawy Pzp nie wynika z jego działania ukierunkowanego na celowe unikanie stosowania przepisów Pzp.



Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?



JUSTYNA ANDAŁA - SĘPKOWSKA

Prawnik z wieloletnią praktyką w dziedzinie zamówień publicznych. Autor licznych publikacji poświęconych zamówieniom publicznym, w tym książek, komentarzy, artykułów oraz ponad 1000 porad w systemie LEX Q&A, cytowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym.

Pierwsze, co nasuwa mi się w odpowiedzi na takie pytanie, to stwierdzenie, że nie do końca znam na nie odpowiedź, gdyż nie wynika ona z żadnego przepisu ustawy - Prawo Zamówień Publicznych ani z aktów wykonawczych do niej wydanych, nie ma jej nawet w przepisach unijnych, a zwykle w mojej pracy właśnie tam poszukuję odpowiedzi na zadawane mi pytania. Sama, bez kokieterii mogę powiedzieć, że nie do końca uważam się za ekspertkę. Jednak rzeczywiście istnieje powód, dla którego zostałam o to zapytana. Ma to związek z tym co robię od lat, czyli z komentowaniem, analizowaniem i tłumaczeniem przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych. Jak to się stało, że zostałam uznana za ekspertkę, cóż na pewno był to proces długi, czasem trudny, ale również bardzo satysfakcjonujący. Dzisiaj widząc swoje nazwisko na książce w księgarni w dziale zamówień publicznych, albo czytając wyrok sądu, gdzie przywoływane jest moje zdanie, muszę nieskromnie przyznać, że bycie ekspertem jest miłe. Jak to jednak osiągnąć. Wydaje mi się, że odpowiedź jest zarówno prosta, jak i złożona. Zacznę od kwestii prostych i banalnych, i stwierdzę, że aby zostać

ekspertem trzeba się postarać, trzeba pracować, trzeba czytać, doszkalać się, po prostu być na bieżąco. Proste i prawdziwe, jak stare przysłowie mówiące, że „bez pracy nie ma kołaczy”. W genach możemy otrzymać wiele cech, jednak nie ma takiego genu, który może komuś zapewnić bycie ekspertem w jakiejś dziedzinie, można się urodzić z pewnymi predyspozycjami, jednak dalej będzie już tylko praca i zdobywane z każdym krokiem doświadczenie. Dotyczy to każdej dziedziny życia. W kontekście bycia naprawdę dobrym w zamówieniach publicznych, i odnosi się to do każdej dziedziny prawa, jest sumienność i otwarty umysł, z cech osobistych pomocna jest dobra pamięć i staranność. Przydatny jest udział w szkoleniach, poznawanie różnych, często odmiennych opinii, są to czynności bezdyskusyjnie pomocne, bowiem prawo to dziedzina życia, którą się interpretuje, którą się stosuje, która w różnych kontekstach może być różnie rozumiana. Istotne, również w kontekście prawa zamówień publicznych jest to, że nie można zapominać, że ono się zmienia, poddawane jest nowelizacjom. Jeśli jest tworzone przez osoby kompetentne, po prostu przez ekspertów, to

jest dużo łatwiej z nim pracować, jeśli nie, wówczas potrzebne są dobre interpretacje, mądrzy specjaliści, którzy potrafią w swojej analizie oprzeć się na celu danego przepisu, jego pochodzeniu i wykładają go w duchu racjonalnego ustawodawcy, takich ludzi warto słuchać. Trzeba pamiętać o tym, że prawo to zbiór przepisów i reguł, a życie i praktyka to niezliczone kazusy, które nie zawsze w łatwy sposób chcą wpisać się w artykuły czy paragrafy. Przy czym ważny jest cel danej regulacji a nie formalizm w jej stosowaniu, tak wskazano w jednym z moich ulubionych wyroków. W kontekście orzecznictwa, bezsprzecznie jego znajomość jest dla eksperta ważna. Zamówienia publiczne mają swoją Krajową Izbę Odwoławczą i odnoszenie się do wydanych przez jej składy orzeczeń, pomaga we właściwym interpretowaniu sytuacji faktycznych, z którymi ekspert musi się mierzyć. Jednak i ono bywa zwodnicze. Był taki czas w mojej pracy, gdy zajmowałam się poszukiwaniem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, które na ten sam temat wydawały zupełnie inne rozstrzygnięcia, to było bardzo ciekawe doświadczenie. Warto wiedzieć, że na wiele problemów praktycznych można patrzeć w różny sposób. Nie wolno zapominać, że ma takiego aktu prawnego, który dawałby odpowiedź na wszystkie możliwe pytania. Kwestia bardziej złożona to niezbędne, według mnie, zaangażowanie, które rozumiem jako uczucie satysfakcji z wykonywanej pracy. Nie wydaje mi się, że można być w czymś naprawdę dobrym, jeśli się tego nie lubi. Ja czuję zadowolenie, gdy rozważam jakiś rzeczywisty problem, gdy faktycznie komuś pomagam, poprzez wskazówki zawarte w odpowiedzi na czyjeś pytanie. Odpowiedziałam na kilka tysięcy pytań z zakresu zamówień publicznych i mimo tej ilości, każde kolejne pytanie stanowi dla mnie wyzwanie. Wydaje mi się, że ekspert nie powinien także zapominać o tym, że i on może się pomylić. Według mnie ważny w tym kontekście jest również nawyk sprawdzania siebie samego. Przyznaję, że zawsze pracuję z otwartą ustawą, jej najnowszym tekstem jednolitym, sprawdzam aktualność przepisów, na które się powołuję, wydaje mi się, że jest to dobry nawyk, z którego nie warto rezygnować. Porównam to do dobrego kierowcy, który jeżdżąc na pamięć nie zauważą postawionego w nocy znaku stop, taka pewność siebie może okazać się niebezpieczna.



Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?



BARTŁOMIEJ MILUCH

Prawnik z ponad 20-letnim doświadczeniem w zamówieniach publicznych. Zastępca Dyrektora Biura Zamówień Publicznych w dużej jednostce samorządowej. Wykładowca na szkoleniach i studiach podyplomowych z zakresu zamówień publicznych. Pełnomocnik stron w postępowaniach odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odpowiedzi na pytanie: „Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?” jest zapewne tyle, ilu ekspertów... Niekiedy wszystko zaczyna się od przypadku. Ktoś, kto zaczyna pracę zaraz po studiach nie mając żadnego doświadczenia - tak jak to było w moim przypadku - nie wie tak naprawdę, gdzie może spełniać się zawodowo. Szybko okazuje się jednak, że zamówienia publiczne są dziedziną, która daje wiele możliwości. Czasami jest to praca w małej, prywatnej firmie; czasami w dużym konsorcjum; a niekiedy w urzędzie. Oczywiście jest, że zarówno w firmach prywatnych, jak i instytucjach państwowych potrzebne są osoby, które potrafią przygotować i złożyć ofertę (po stronie wykonawcy) czy też przygotować i przeprowadzić postępowanie (po stronie zamawiającego).

Jeżeli po pierwszych miesiącach okaże się, że praca w zamówieniach publicznych jest tym, co chcemy robić w życiu, to zaczyna się kolejny etap „dojrzewania”. Na początku poznajemy przepisy, orzecznictwo i tę stronę praktyczną. Z biegiem czasu stajemy się bardziej samodzielni. W międzyczasie uczestniczymy w różnego rodzaju szkole-

niach, konferencjach, kończymy studia podyplomowe. Jest to niewątpliwie ważny etap zawodowego rozwoju, lecz pamiętajmy, że żadne studia ani szkolenia nie dadzą nam gotowości, aby zaraz po ich ukończeniu stać się „Ekspertem”.

Do tego droga jeszcze daleka.

Ekspert, to osoba, która nie tylko wykonuje swoje zadania na rzecz wykonawcy czy zamawiającego, lecz osoba, która swoją wiedzą i doświadczeniem dzieli się, pomagając tym, którzy tego potrzebują czy takiej pomocy oczekują. Na początku może to być pomoc dla osób z własnej firmy. Kolejny etap to wyjście szerzej, do innych instytucji czy firm. Jednak, aby dotrzeć do tego etapu, potrzebny jest przede wszystkim solidnie zbudowany warsztat merytoryczny, wynikający ze zdobytych doświadczeń. I co najważniejsze „zakochanie się” w zamówieniach publicznych do tego stopnia, że praca przestaje nią być, a staje się pasją. Kolejne czynniki to komunikatywność i otwartość, umiejętność dzielenia się swoją wiedzą. Czy wiele wyniesiemy ze szkolenia, na którym trener odczyta tylko swoją prezentację? Oczywiście, że nie. Czy nie więcej

wyniesiemy z uczestnictwa w szkoleniu, na którym będzie można podpatrzeć praktyczne rozwiązania, uzyskać konkretne wskazówki, zadawać pytania i uzyskiwać satysfakcjonujące odpowiedzi? Tak szkolenie powinien prowadzić ekspert.

Ekspert zatem to osoba, która jest mentorem dla innych, która dzieli się swoim zamiłowaniem do tematyki zamówieniowej i pokazuje, na co zwrócić uwagę, aby uniknąć błędów, a także gdzie można odważnie podjąć decyzję, nie obawiając się negatywnych konsekwencji.

Praca w zamówieniach publicznych to duże wyzwanie, szczególnie w okresie zmieniających się przepisów. Kiedy w życie wchodzi nowa ustawa czy duża nowelizacja przepisów o zamówieniach publicznych, to poszukujemy właśnie takiego eksperta, który pomoże nam z sukcesem przejść ten trudny etap.

Rola ekspertów w okresach przejściowych jest nieoceniona.

To on jako pionier musi odpowiednio wcześniej się przygotować - nie tylko w teorii, lecz również w praktyce, aby następnie móc poprowadzić innych. To na tym etapie tworzone są wzory dokumentów

(np.: SWZ czy ogłoszeń), przeprowadzana jest analiza, jak krok po kroku przeprowadzić postępowanie „po nowemu”. Obecny postęp technologiczny i wciąż rozwijająca się informatyzacja pokazują, że ekspert ds. zamówień publicznych powinien wykazać się niemałymi zdolnościami informatycznymi. Po wejściu w życie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, prowadząc postępowania trzeba być dobrze przygotowanym do obsługi rządowego systemu E-zamówienia czy komercyjnych platform do komunikacji, co niewątpliwie było i nadal jest wyzwaniem, także i dla ekspertów.

Czy ekspertom zdarzają się błędy? Oczywiście tak! Ważne tylko, żeby dany błąd popełnić tylko raz. Pomyłki się zdarzają - należy tylko wyciągać z nich wnioski i cały czas dążyć do doskonalenia procedur i prowadzonych postępowań.

Zatem, aby zostać ekspertem w zamówieniach publicznych, trzeba się doskonalić nieustannie, czerpać z doświadczeń innych, nie bać się zadawać pytań i podejmować trudnych tematów. I jeszcze jedno - trzeba kochać zamówienia publiczne i pamiętać, że wciąż mogą nas zaskoczyć, na co ekspert musi być przygotowany.



Skan formy pisemnej JEDZ opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym notariusza



Istota sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 (aktualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) przez wykonawcę, oświadczenia JEDZ podmiotów trzecich, pierwotnie wytworzone w postaci papierowej i własnoręcznie podpisane, a następnie przekształcone w postać elektroniczną (skan), stanowiącą poświadczenie zgodności kopii z okazanym dokumentem JEDZ sporządzonym zgodnie z ustawą - Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zostały złożone w formie przewidzianej przepisami ustawy Pzp.

Ne było sporne, że JEDZ-e podmiotów trzecich zostały przekazane Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Nie było zatem sporu co do tego, że dokumenty JEDZ podmiotów, na których zasoby powoływał się wykonawca, powinny zostać podpisane przez uprawnione osoby działające w imieniu podmiotów trzecich.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej istotne jest zdefiniowanie dokumentu elektronicznego. Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (...) dokumentem elektronicznym jest stanowiący odrębną całość znaczeniową

zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Pojęcie dokumentu elektronicznego definiuje także rozporządzenie 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 (Dz. Urz. UE L 2014 Nr 257 str. 73) - w skrócie „eIDAS”, gdzie w art. 3 pkt 35 wskazano, że dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Dodatkowo, jak wynika z art. 773 k.c. dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią.

Krajowa Izba Odwoławcza nie miała wątpliwości, iż jednolite europejskie dokumenty zamówienia podmiotów trzecich, na których potencjał powoływał się wykonawca, zostały sporządzone w postaci elektronicznej, poprzez zeskanowanie dokumentów w wersji pisemnej i ich przekształcenie do postaci cyfrowej. Istotne natomiast było to, iż tak zdigitalizowane dokumenty JEDZ zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, tyle że nie był to podpis wystawcy ww. dokumentów, a notariusza, który poświadczył za zgodność dokumenty wtórne z okazanym mu oświadczeniem JEDZ.

Tym samym zasadnicze znaczenie miało ustalenie, jakie skutki wywołuje poświadczenie przez notariusza zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem, tj. na kanwie niniejszej sprawy JEDZ podmiotów trzecich, opatrzonych przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w kontekście zastrzeżonej dla jednolitego dokumentu formy.

Zgodnie z art. 97 § 2 ustawy - Prawo o notariacie, elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z przepisu tego wynika, że w przypadku elektronicznego poświadczenia zgodności dokumentu pochodnego z oryginałem, notariusz ma obowiązek posłużyć się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z kolei zgodnie z art. 98 ustawy - Prawo o notariacie, notariusz stwierdza zgodność

odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem, a jeżeli okazany dokument zawiera cechy szczególne (dopiski, poprawki, uszkodzenia), notariusz stwierdza to w poświadczeniu.

Jak wynika z doktryny, przepis art. 98 ustawy - Prawo o notariacie określa sposób poświadczenia przez notariusza wtórnych wersji dokumentu jako zgodnych z oryginałem.

Ponadto, notariusz wykonując czynności wskazane w ww. przepisach, poświadcza zgodność wtórnych (pochodnych) wersji dokumentów (kopii, odpisów i wyciągów) z oryginałem. Rozważając ww. spór między stronami postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który wskazywał, iż notarialne poświadczenie oświadczenia JEDZ podmiotów trzecich opatrzone przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z art. 97 § 2 ustawy - Prawo o notariacie nie konwaliduje nieprawidłowej formy JEDZ podmiotów trzecich, ponieważ brak jest elektronicznego podpisu wystawcy dokumentu JEDZ.

Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2017 r., II CSK 318/16, notariusz nie ma obowiązku oceny, czy okazywany mu w celu poświadczenia dokument jest oryginałem, czy jego kopią (lub komputerowym skanem), jeśli jasno nie wynika to z treści czy formy dokumentu okazywanego. Nie ocenia też, czy spełnia on wymagania środka dowodowego w rozumieniu przepisów k.p.c. jako dokument urzędowy lub prywatny (art. 244 i 245 k.p.c.). Notariusz nie kontroluje prawdziwości dokumentu poświadczanego, lecz bez względu na jego charakter stwierdza jego zgodność z dokumentem okazanym. Poświadczając zgodność kopii notariusz nie nadaje okazanemu dokumentowi przymiotu autentyczności, jak i nie weryfikuje prawidłowości jego wydania, ani zgodności z prawem. Czynność notariusza, o której mowa w art. 96 pkt 2 i w art. 98 ustawy - Prawo o notariacie, polega na urzędowym zaświadczeniu o identyczności treści i formy tego, co mu okazano, z tym, co jest poświadczane.

Z powyższego wynika, że czynność notariusza polegająca na poświadczeniu za zgodność z okazanym dokumentem nie naprawia wad co do formy pierwotnego dokumentu, w tym w zakresie

podpisu. Tym samym za niezasadne należało uznać stanowisko odwołującego, jakoby uzyskanie przez wykonawcę elektronicznego poświadczenia zgodności złożonego Zamawiającemu, jak można zakładać odpisu lub kopii, z okazanym notariuszowi JEDZ podmiotów trzecich (z treści elektronicznych poświadczeń jednolitych dokumentów podmiotów trzecich nie wynika, czy stanowiły one poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu, czy też kopii z okazanym dokumentem), nadawało tym odpisom lub kopiom walor oryginału.

W kontekście przywołanego wyżej wyroku Sądu Najwyższego Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że nawet nie wiadomo, czy okazany notariuszowi dokument był kopią, oryginałem, czy też skanem oświadczenia JEDZ. Co więcej, przyjęcie za słuszny poglądu odwołującego oznaczałoby w praktyce możliwość poświadczania przez notariuszy za zgodność z okazanym dokumentem również ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dla których została zastrzeżona tożsama forma, jak w przypadku jednolitego dokumentu. Takie działanie czyniłoby elektronizację zamówień publicznych iluzoryczną, skoro to nie wykonawcy opatrywaliby ofertę czy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a notariusze.

Ponadto zważyć należy, iż notariusz nie kreuje oświadczenia woli stanowiącego ofertę, czy też oświadczenia wiedzy, co się tyczy jednolitego dokumentu, a jedynie poświadcza zgodność sporządzonej wtórnie kopii czy też odpisu z okazanym

mu dokumentem. Słuszny cel, który przyświecał ustawodawcy w związku z wprowadzeniem elektronizacji zamówień publicznych sprowadzający się od odformalizowania procedury, nie może uzasadniać odstępiania od dokonania najważniejszych czynności w postępowaniu (złożenia oferty, wniosku czy JEDZ) bez zachowania formy zastrzeżonej przez ustawę Pzp pod rygorem nieważności.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła argumentacji Zamawiającego prezentowanej w toku rozprawy, jakoby JEDZ podmiotu trzeciego powinien być od początku do końca sporządzony w postaci elektronicznej, a zatem, że za kluczowy należało uznać proces tworzenia jednolitego dokumentu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej bez znaczenia było to, że podpisem elektronicznym został podpisany istniejący wcześniej dokument JEDZ podmiotu trzeciego sporządzony w formie pisemnej. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszczalnym byłoby uprzednie wydrukowanie, wypełnienie, własnoręczne podpisanie jednolitego dokumentu, a następnie jego zeskanowanie i opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do składania oświadczeń w imieniu podmiotu trzeciego.

Jednolity europejski dokument zamówienia sporządzony poprzez zeskanowanie wersji pisemnej, a następnie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym notariusza, nie zachowuje zatem formy elektronicznej.

Wyrok z dnia 26 listopada 2019 r., KIO 2270/19

Źródło: www.uzp.gov.pl



Filtr antyspamowy w komunikacji z wykonawcą



Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004 oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a także przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, iż w dniu 10 września 2013 r. złożył ofertę w niniejszym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta Odwołującego zawierała najkorzystniejszą (najniższą) cenę. Od tego dnia Odwołujący praktycznie codziennie śledził stronę internetową Zamawiającego w zakresie toczącego się przetargu oraz kilkakrotnie dzwonił do Zamawiającego w celu ustalenia, czy oferta jest prawidłowa. Dnia 20 września 2013 r. Odwołujący po-

wziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z pisma Zamawiającego, zamieszczonego na stronie internetowej. W tej sytuacji, natychmiast skontaktował się telefonicznie z Zamawiającym z zapytaniem, dlaczego jego oferta została odrzucona. Zamawiający w rozmowie telefonicznej poinformował Wykonawcę, iż w dniu 11 września 2013 r. został do niego przesłany e-mail z wezwaniem datowanym na dzień 10 września 2013 r. do złożenia wyjaśnień. Wykonawca natychmiast poinformował Zamawiającego telefonicznie, iż nie dostał żadnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny.

Po uzyskaniu powyższej informacji Odwołujący przystąpił do przeszukania wszystkich skrzynek pocztowych i nie znalazł żadnej wiadomości. Dopiero po przeszukaniu folderów spam (zawierających wiadomości sklasyfikowanych przez serwer Google Apps, jako zawierających niebezpieczne

elementy) Odwołujący rzeczywiście odnalazł wiadomość z 10 września 2013 r. od Zamawiającego, jak również z 20 września 2013 r., dotyczącą zaawidomienia o wyborze ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Według uzyskanych przez Odwołującego od informatyka informacji, wiadomości które docierały na skrzynkę mailową (...)@(...) z adresu (...)@(...)gda.pl zostały sklasyfikowane przez filtr antyspamowy Gmail (poczta Wykonawcy jest hostowana na serwerze Google Apps) jako spam. W związku z powyższym Odwołujący stwierdza, że nie miał możliwości w normalnym, realnym toku czynności odbioru powyższej wiadomości z uwagi na przekierowanie jej nie do wiadomości w skrzynce odbiorczej, lecz do spam.

Informatyk odszukał usuniętego ze skrzynki pocztowej e-maila z dnia 11 września 2013 r. na kliencie pocztowym THUNDERBIRD (skonfigurowanym przez pomocy protokołu IMAP, który umożliwia odwzorowanie folderów na serwerze pocztowym), który znajdował się w folderze spam. Co istotne, na rzucie widoczna była również prośba o potwierdzenie doręczenia, która była niezaakceptowana. Na zapytanie obsługujących serwer o przyczynę zakwalifikowania wiadomości do spam udzielono odpowiedzi, iż wiele wiadomości z domeny pg.gda.pl to spam. Powyższe oznacza, iż wiadomości pochodzące z ww. domeny zawierały elementy niebezpieczne, które filtr antyspamowy od razu klasyfikował do spam.

Odwołujący podkreślił, że w treści e-maila z dnia 11 września 2013 r. znalazło się stwierdzenie: "Proszę o potwierdzenie otrzymania tej wiadomości i udzielenie odpowiedzi w terminie wskazanym w piśmie". W załączniku zaś pismo datowane na dzień 10 września 2013 r., wzywające do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp2004, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w terminie do dnia 12 września 2013 r. do godziny 15.00.

Wezwanie z dnia 10 września 2013 r. miało zatem kapitalne znaczenie dla dalszego udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 Pzp2004 nieudzielenie wyjaśnień umożliwia Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający, jednakże mimo wysłania e-maila z prośbą o potwierdzenie odbioru i złożenie wyjaśnień w określonym terminie nie zainteresował się w żaden sposób, dlaczego Wykonawca nie tylko nie potwierdza otrzymania wiadomości, ale i dlaczego nie złożył stosownych wyjaśnień. Odwołujący powołuje się w tym przedmiocie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2013 r., KIO 346/13, w którym negatywnie oceniono takie postępowanie zamawiającego. (...)

W opinii Odwołującego, oświadczenie woli Zamawiającego, zawarte w wezwaniu z dnia 10 września 2013 r., a wysłane e-mailem dnia 11 września 2013 r., nie zostało Odwołującego skutecznie doręczone, tj. w sposób, aby miał realną (w normalnym toku czynności) możliwość zapoznania się z jego treścią.

W niniejszym przypadku, w ocenie Odwołującego, zakładając nawet, iż wydruk z e-maila z dnia 11 września 2013 r. stanowić może dowód (prima facie) wprowadzenia wiadomości do systemu elektronicznego w sposób, aby druga strona mogła zapoznać się z jego treścią, jest nadal dowodem niepewnym, zaś domniemanie skutecznego doręczenia może zostać obalone przez Odwołującego, który twierdzi, iż wezwanie z dnia 10 września 2013 r. nie zostało mu skutecznie doręczone, albowiem e-mail z dnia 11 września 2013 r. nie dotarł do adresata w sposób, aby mógł się z nim zapoznać.

Odwołujący potwierdził, że znane jest Odwołującemu orzeczenie Sądu Najwyższego z 10 grudnia 2003 r., V CZ 127/2003 (OSNC Nr 1 z 2005 r., poz. 12) jednakże, zdaniem Odwołującego, nie ma zastosowania w niniejszych okolicznościach.

Zgodnie z aktualnym orzecnictwem Sądu Najwyższego z treści art. 61 k.c. wynika jednoznacznie, że ustawodawca, wyznaczając chwilę, w której następuje skuteczne złożenie oświadczenia woli innej osobie, opowiedział się za teorią doręczenia i przyjął, że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. W rozumieniu przytoczonego przepisu możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia przez adresata nie może, z jednej strony, być utoż-

samiana z rzeczywistym zapoznaniem się przez niego z tym oświadczeniem (faktem zapoznania się), co oznacza, że skuteczne złożenie oświadczenia woli następuje także w sytuacji, w której co prawda adresat oświadczenia woli nie zna jego treści, ale miał realną możliwość zapoznania się z nią, gdyż doszła ona do niego w taki sposób, że mógł się z nią zapoznać. Z drugiej jednak strony, realna możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli nie może być pojmowana abstrakcyjnie, powinna być oceniana z uwzględnieniem okoliczności danego wypadku. Otrzymanie awiza (zapoznanie się z nim) nie jest równoznaczne z dojściem do adresata oświadczenia woli w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią. Możliwość taka powstaje dopiero wówczas, gdy adresat oświadczenia w zwykłym biegu zdarzeń uzyskał realną możliwość zapoznania się z treścią awizowanej przesyłki pocztowej, co wymaga udania się na pocztę (wyrok SN z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt: V CSK 215/11, LEX nr 1212829).

W ocenie Odwołującego, wiadomość zakwalifikowana przez serwer (a ściślej filtr antyspamowy), jako spam (co nastąpiło bez jakiegokolwiek udziału, jak i niezależnie od Wykonawcy), która następnie trafia do folderu Spam nie mogła być w normalnym toku czynności odczytana przez Wykonawcę. Większość standardowych użytkowników korzystających ze skrzynki pocztowej np. Outlook czy Thunderbird (jak Wykonawca) otwierając skrzynkę ma na pulpicie pokazane foldery, (które mogą różnić się nazewnictwem): Wiadomości Odebrane, Wiadomości Wysłane, Robocze, Spam (lub jak w Outlook Śmieci). W normalnym toku czynności klika się i otwiera wiadomości odebrane. Wyjątkowo zaś przeszukuje się np. folder Spam (czy Śmieci).(...)

Odwołujący podkreślił, iż w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z wadliwością urządzenia Wykonawcy. Komputery, jak i oprogramowanie, skrzynka mailowa Wykonawcy były w pełni sprawne. To zaś na skutek wysłania przez Zamawiającego zawierającej niebezpieczne elementy (być może wirusa) wiadomości e-mail została ona automatycznie odrzucona przez system (filtr) antyspamowy, w który wyposażony jest serwer GoogleApps i trafiła do folderu Spam. To zaś spowodowało, iż Wykonawca w normalnym, realnym toku czynno-

ści, obsługując skrzynkę pocztową, otwierał tylko wiadomości w folderze Odebrane nie zaś w Spam. Wiadomość wysłana zarówno dnia 11 września 2013 r., jak i kolejna dnia 20 września 2013 r. nie mogła zostać w normalnym toku czynności odebrana, a co się z tym wiąże, oświadczenie woli zawarte w e-mailu, jak i załączniku nie dotarło skutecznie do Wykonawcy. (...)

W wyroku z dnia 14 października 2013 r., KIO 2323/13, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niedochowanie staranności w sprawdzeniu folderu spam nie może być ocenione jako brak realnej możliwości zapoznania się z oświadczeniem woli znajdującym się w folderze spam. Krajowa Izba Odwoławcza, powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, zwróciła uwagę, że „Z punktu widzenia skuteczności oświadczenia woli nieistotne jest również to, czy i kiedy adresat zapoznał się z jego treścią. Wystarczające jest, że oświadczenie woli doszło do niego w sposób stwarzający mu realną możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „W świetle art. 61 § 2 k.c. dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której „wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej”. Chociaż nie wynika to wprost z komentowanego przepisu, to z jego kontekstu należy wyprowadzić wniosek, że chodzi tu o środek komunikacji elektronicznej należący do adresata lub kontrolowany przez niego. Wskazuje na to końcowe sformułowanie tego przepisu, wymagające zapewnienia adresatowi możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia woli. Możliwość taka zachodzić będzie tylko wówczas, gdy oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej stanie się dostępne w kontrolowanym przez niego środku komunikacji elektronicznej”.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „nawet gdyby przyjąć, że sporna wiadomość została automatycznie zakwalifikowana, jako spam, to nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, że Odwołujący nie miał rzeczywistej możliwości zapoznania się z jego treścią.

Po pierwsze bowiem, Odwołujący pomija, że istnieje realna możliwość zapoznania się z treścią wiadomości umieszczonej w folderze Spam.

Po drugie, sięgnięcie do folderu Spam nie wymaga podjęcia jakichś nadzwyczajnych, niestandardowych czynności.

Po trzecie, filtr antyspamowy jest jedynie narzędziem służącym do zarządzania pocztą elektroniczną i wolą użytkownika jest, czy będzie wykorzystywany w konfiguracji standardowej (ustawienia globalne), zaproponowanej przez producenta, czy wedle indywidualnych ustawień (ustawienia danego konta).

Po czwarte wreszcie, filtr antyspamowy jak każde narzędzie nie jest narzędziem doskonałym, jest opracowany w oparciu o rachunek prawdopodobieństwa. Zaś doświadczenie uczy, że zdarza się błędna kwalifikacja wiadomości jako spam, ostrzegają o tym również producenci tego typu oprogramowań. Każdy przeciętny użytkownik poczty elektronicznej posiada wiedzę w tym przedmiocie.

Powyższe pozwala na przyjęcie, że nie ma przeszkód do zapoznania się z wiadomością, która znajduje się w folderze Spam, nadto przeciętny użytkownik, a tym bardziej przedsiębiorca, do którego stosuje się podwyższony miernik należytej staranności (art. 355 § 2 k.c.), wykorzystując skrzynkę pocztową jako narzędzie do komunikacji z zamawiającym i mając na uwadze, że filtr antyspamowy może być jedynie pomocny w zarządzaniu wiadomościami, ale częstokroć stanowi rozwiązanie zawodne, winien kontrolować automatyczną klasyfikację wiadomości, jako spam. Niedochowanie staranności w tym przedmiocie, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie może być ocenione jako brak realnej możliwości zapoznania się z oświadczeniem woli, znajdującym się w folderze Spam. Tym samym zarzut nieskutecznego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień należało uznać za chybiony.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje okoliczność, że Odwołujący kilkakrotnie kontaktował się z Zamawiającym telefonicznie. Wskazany sposób komunikacji nie stanowi sposobu porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami, stąd też podjęcie działań w tym zakresie nie może być poczytane jako zachowanie należytej staranności obowiązującej przedsiębiorcę.

Zaś fakt, że Odwołujący dysponował sprawnym komputerem, oprogramowaniem i skrzynką elektroniczną, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, przemawia za przyjęciem, że Odwołujący posiadał, w normalnym toku czynności, możliwość zapoznania się z wszystkimi wiadomościami znajdującymi się w skrzynce elektronicznej, a w ramach szczególnej staranności wymaganej od profesjonalisty, mieści się kontrolowanie klasyfikowania przez filtr antyspamowy wiadomości, jako spam. Przy czym nie jest konieczne, aby Wykonawca zrezygnował z korzystania z tego narzędzia w ogóle, czy też nawet z ustawień globalnych filtra antyspamowego, ale konieczne jest wykazanie się określoną czujnością, skoro doświadczenie życiowe wskazuje, że automatyczna klasyfikacja wiadomości, jako spam nie zawsze jest prawidłowa.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że miernik podwyższonej staranności stosowany wobec przedsiębiorcy odnosi się stricte do przedmiotu działalności gospodarczej. W tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza podzielił pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r., I ACa 1018/05, że należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Okoliczność, iż wiele wiadomości z domeny (...)dga.pl jest zaliczanych do spamu nie daje podstaw do przyjęcia, że wiadomość wysłana drogą elektroniczną do Odwołującego w dniu 11 września 2013 r. również została w ten sposób zakwalifikowana. Przedmiotowej oceny nie zmienia fakt, że wiadomość z dnia 20 września 2013 r. została automatycznie zakwalifikowana jako spam już z tej przyczyny, że została wysłana z innego adresu. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że gdyby zasadą było umieszczanie wiadomości z domeny pg.dga.pl w folderze Spam z pewnością Zamawiający miałby o tym wiedzę, bowiem problemy z komunikacją dotyczyłyby wtenczas wielu wykonawców. Tymczasem już chociażby wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę problemów takich nie zgłaszał.

Zainicjowanie procedury „self-cleaningu” to obowiązek zamawiającego czy wykonawcy?



W wyroku z dnia 26 sierpnia 2021 r., KIO 2348/21 Krajowa Izba Odwoławcza za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 128 ust.1 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia samooczyszczenia, pomimo że wykonawca ten twierdził w uzupełnionym uprzednio oświadczeniu w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, że nie podlega wykluczeniu, co uniemożliwia zastosowanie procedury samooczyszczenia, a istotą procedury samooczyszczenia jest dokonanie jej z inicjatywy wykonawcy, a nie na wezwanie Zamawiającego.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca przyznał, że umowa i innym zamawiającym została rozwiązana, jednocześnie stwierdzając, że była to sytuacja przez niego niezamierzona i niezawiniona. Wy-

konawca wyjaśnił sposób realizacji umowy i dołączył do wyjaśnień dowody w celu wykazania jego rzetelności. Wykonawca przedstawił szczegółowe wyjaśnienia odnośnie okoliczności skutkujących naliczeniem kar umownych w związku z usługami świadczonymi przez Konsorcjum jak i jego samego, jako członka Konsorcjum, co zostało potwierdzone przez drugiego uczestnika Konsorcjum w złożonym wraz z wyjaśnieniami oświadczeniu.

Uwzględniając, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga szczegółowej analizy okoliczności ze strony Zamawiającego, w tym zindywidualizowania okoliczności odnoszących się do podmiotu, wobec którego powstają wątpliwości co do należytego wykonania innych zamówień oraz biorąc przy tym pod uwagę, że wykonawca w ra-

mach Konsorcjum był stroną umowy, z którą zamawiający rozwiązał umowę realizowaną przez Konsorcjum, Zamawiający słusznie uznał, że przesłanka, określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, powinna zostać dogłębnie wyjaśniona i wyeliminowana, aby wykonawca mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia. Poprzez wystosowanie wezwania Zamawiający umożliwił wykonawcy przeprowadzenie procedury samooczyszczenia, w ramach której wykonawca był uprawniony do wykazania swojej rzetelności, pomimo niezrealizowanej w ramach Konsorcjum umowy.

Wykonawca w trybie self-cleaning (art. 110 ust. 2 ustawy Pzp) przedstawił dodatkowe wyjaśnienia, na podstawie których Zamawiający uznał, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w świetle aktualnego orzecznictwa TSUE zarzut co do bezprawności zainicjowania przez Zamawiającego procedury self-cleaning, poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia samooczyszczenia, należało uznać za niezasadny. Jak wskazał Trybunał w wyroku w sprawie RTS Infra BVBA, wyrok z 14.01.2021 r. C-387/19: „Artykuł 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie praktyce państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentów zamówienia.

Natomiast art. 57 ust. 6 wspomnianej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w mających za-

stosowanie przepisach krajowych oraz gdy o jego istnieniu dany wykonawca został powiadomiony za pomocą dokumentów zamówienia.”

Jednocześnie Trybunał zauważył, że „(...) w świetle samego brzmienia art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 pozostawiona wykonawcy możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych może równie dobrze zostać zrealizowana z jego inicjatywy, jak i z inicjatywy instytucji zamawiającej, jak też można z niej skorzystać zarówno w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, jak i na późniejszym etapie postępowania. Wykładnię tę potwierdza cel art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24. Przepis ten stanowi bowiem, że każdy wykonawca musi mieć możliwość przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych, ma on więc na celu podkreślenie wagi przywiązywanej do rzetelności wykonawcy, a także zapewnienie obiektywnej oceny wykonawców i skutecznej konkurencji (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 czerwca 2020 r., Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, pkt 22). Tymczasem cel ten może zostać osiągnięty, jeżeli na jakimkolwiek etapie postępowania poprzedzającego wydanie decyzji o udzieleniu zamówienia zostanie przedstawiony dowód podjęcia środków naprawczych, przy czym istotne jest to, by wykonawca miał możliwość wskazania oraz zwrócenia się o zbadanie środków, które jego zdaniem pozwalają doprowadzić do usunięcia podstawy wykluczenia, która go dotyczy.”

Natomiast „Z wykładni językowej, celowościowej i systemowej art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, dokonanej w pkt 27-30 niniejszego wyroku, wynika, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu, aby dany wykonawca z własnej inicjatywy lub na wyraźne żądanie instytucji zamawiającej przedstawił dowód podjęcia środków naprawczych, ani też temu, aby dowód ten został przedstawiony w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty lub na późniejszym etapie procedury udzielania zamówienia.”

Trybunał wskazał również, że jeżeli państwo członkowskie przewiduje, iż dowód podjęcia środków naprawczych może zostać przedstawiony przez wykonawcę z własnej inicjatywy w chwili składaniu oferty, bez możliwości przedstawienia przez tego wykonawcę takiego dowodu na póź-

niejszym etapie postępowania, to wykonawcy powinni zostać wcześniej poinformowani - w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny - o istnieniu tego obowiązku. Dodatkowo, taka informacja musi wynikać bezpośrednio z dokumentów zamówienia.

Podobne stanowisko, dotyczące terminu podjęcia procedury samooczyszczenia zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r., XXIII Ga 1811/18, w którym uznał, że nie istnieje cezura czasowa do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, powinna ona jednak nastąpić przed wykluczeniem wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają regulacji dotyczącej terminu dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia lub ograniczenia co do wszczęcia tej procedury wyłącznie z inicjatywy wykonawcy.

Wyrok z dnia 26 sierpnia 2021 r., KIO 2348/21

Źródło: www.uzp.gov.pl



CZY POSIADANIE AUTORYZACJI PRODUCENTA TO KRYTERIUM ODNOSZĄCE SIĘ DO WŁAŚCIWOŚCI WYKONAWCY?



Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp2004 (aktualnie art. 241 ust. 3 i art. 242 ust. 2 ustawy Pzp), poprzez określenie jako kryterium oceny ofert: posiadanie przez wykonawcę autoryzacji producenta, na poziomie 20%, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie sposób podzielić oceny odwołującego co do tego, że tak opisane kryterium odnosi się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy.

Należy zauważyć, że w tym przypadku kryterium takie ma charakter przedmiotowy, gdyż jest ściśle związane z przedmiotem zamówienia, albowiem odnosi się do usług serwisowych, jakie będzie wykonywał w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca. Ma ono również niewątpliwie odniesienie jakościowe, albowiem serwis taki daje gwarancję, że odbywa się pod nadzorem lub za aprobatą jakościową producenta takiego sprzętu. Co najistotniejsze, tylko w takim przypadku, bo

zapewnia to wyłącznie serwis autoryzowany, zamawiający ma gwarancję, że świadczona usługa wykonywana jest w sposób zapewniający najwyższą jakość usług. Tylko taki ma bowiem dostęp do najnowszych informacji i danych na temat serwisowanego sprzętu medycznego. Kryterium to jest zatem dopuszczalne. Ponadto należy zauważyć, że kryterium oceny ofert stanowi jedynie wyraz preferencji zamawiającego, nie jest natomiast warunkiem, który trzeba spełnić, aby móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Przy tak specjalistycznym sprzęcie i ryzyku, jakie jest ponoszone w związku z nieprawidłowym jego działaniem za pomocą tego kryterium zamawiający wartościuje i wyżej ocenia usługi serwisowe, realizowane przez podmiot posiadający autoryzację serwisową producenta.

Ponieważ autoryzacja w sposób bezpośredni przekłada się na poziom jakości realizowanych usług, bowiem posiadając ją podmiot pozyskuje dostęp do bazy wiedzy producenta (dokumentacji, narzędzi, kodów oprogramowania serwisowego), jego wsparcia, ma dostęp do najnowszej, pełnej i oficjalnej dokumentacji technicznej - musi w związku z tym ponosić z tego tytułu dodatkowe koszty.

Z tych też powodów przyznanie punktów w kryterium oceny ofert w przypadku, gdy o zamówienie ubiegał się będzie podmiot, który taką autoryzację posiada - rekompensuje raczej kwestie owych dodatkowych kosztów ponoszonych w związku z tym przez wykonawcę. W tym kontekście wyliczenia odwołującego, który przedstawił kalkulację, z której wynikać miało, że musi obniżyć cenę swojej oferty w stosunku do wykonawcy posiadającego autoryzację aż o 32% (przy założeniu, że budżet wynosił będzie 1 mln zł.) należy uznać jedynie za orientacyjne i nie poparte szczegółową analizą.

Odwołujący nie ma bowiem wiedzy jaki wpływ na cenę (jej wzrost) ma okoliczność związana z koniecznością uzyskania autoryzacji producenta.

Wyrok z dnia 29 stycznia 2021., KIO 3489/20

www.uzp.gov.pl



Czy jest dopuszczalny opis przedmiotu zamówienia, który wymusza tworzenie konsorcjum?



Odnosząc się z kolei do wskazanego w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp2004, poprzez włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp2004 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Kontrolujący w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej ustalił, że zgodnie z treścią dokumentu pn. „Opis przedmiotu zamówienia” do zakresu zamówienia włączone zostało zadanie pn.

„Dostarczenie fotomapy cyfrowej”. W toku postępowania jeden z oferentów zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wydzielenie do odrębnego postępowania zadania na wykonanie ortofotomapy powierzchniowej bądź dopuszczenie składania ofert częściowych. Argumentował to tym, że zakres ten jest całkowicie odrębny, w stosunku do pozostałych zadań, zaś łączenie zadań o tak odrębnym charakterze, jak obloty liniowe sieci elektroenergetycznej oraz opracowania powierzchniowe, w ramach jednego postępowania, prowadzi do znacznego zawężenia kręgu potencjalnych oferentów oraz ograniczenia konkurencji, a w efekcie końcowym do zawyżenia cen całości postępowania. Z kolei podział na dwa odrębne zamówienia bądź dopuszczenie możliwości składania ofert

częściowych, zwiększy grono potencjalnych wykonawców zadań realizowanych w ramach zamówienia podstawowego (koniecznego do realizacji) i przyczyni się do obniżenia ich ceny. Zamawiający, w piśmie skierowanym do wykonawców, odpowiadając na powyższe pytanie stwierdził, że zakres zamówienia jest określany przez Zamawiającego. Aktualne ortofotomapy wykorzystywane są nie tylko do bieżącej eksploatacji sieci elektroenergetycznej, ale m.in. do planowania i projektowania nowych ciągów liniowych na wszystkich poziomach napięcia (nN, SN, WN). W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał decyzję o zaniechaniu podziału zamówienia na części.

Pytany przez Kontrolującego o powody takiej decyzji i ustosunkowanie się do kwestii możliwego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, w związku z zadanymi wyżej pytaniami, Zamawiający nie przekazał dodatkowych wyjaśnień.

W związku z powyższym Kontrolujący, mając na uwadze konieczność uzyskania wiadomości specjalnych, celem ustalenia i oceny stanu faktycznego sprawy, zasięgnął opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji i kartografii w specjalności fotogrametria. Biegły wydał stosowną opinię w zakresie wniosków stwierdzając, że wykonanie fotomapy (ortofotomapy) jest klasycznym opracowaniem geodezyjnym (fotogrametrycznym) i jest niezależnym procesem, nie wpływającym na pozostały zakres przedmiotowego zamówienia. W związku z tym, opracowanie cyfrowej fotomapy i pozostałego zakresu zamówienia nie musi być wykonywane przez jednego wykonawcę. Tym samym podział przedmiotowego zamówienia na części, z wyodrębnieniem zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, mógł zwiększyć grono potencjalnych wykonawców oraz przyczynić się do obniżenia ceny. Włączenie wykonania cyfrowej fotomapy do zakresu zamówienia mogło utrudniać uczciwą konkurencję, gdyż rynek usług fotogrametrycznych jest bardzo mały. Połączenie dwóch tak specjalistycznych usług jak obloty liniowe i fotomapa powierzchniowa mogło znacznie ograniczyć liczbę oferentów.

Kontrolujący, mając na uwadze opinię biegłego, uznał w konsekwencji, iż włączenie do zakresu zamówienia zadania pn. „Dostarczenie fotomapy cyfrowej” skutkowało opisaniem przedmiotu za-

mówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję.

Z kolei w swoich zastrzeżeniach, Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wyjaśniał, że jego zamiarem było otrzymanie usługi całościowej, tj. kompleksowej usługi polegającej na dostarczeniu wyników skanowania laserowego wraz z usługą wykonania i dostarczenia ortofotomapy powierzchniowej. Zamawiający przyjął, że należy pozyskać dane w wersji szerokiej, dzięki której uzyska nowe możliwości w zakresie usprawnienia szeroko rozumianego zarządzania majątkiem sieciowym w obszarach eksploatacji, modernizacji i rozwoju.

Argumentował również, że ortofotomapa powinna być traktowana jako powiązana technologicznie z uwagi na to, że Zamawiający chciał mieć szeroki pogląd na przebieg istniejących sieci elektroenergetycznych (SN i 110kV) oraz linii projektowanych na rzeczywistym podkładzie ortofotomapy. Dodatkowo, pozyskane przy tym zadaniu ortofotomapy miały także posłużyć jako wkład do planowanego w najbliższej przyszłości uruchomienia GIS w Oddziale Zamość. Zamawiający miał na celu uzyskanie wszystkich możliwych danych i ich kompatybilność z dostarczonym z zadaniem oprogramowaniem.

Zwracał również uwagę, że mając na celu nieograniczanie konkurencyjności przy opracowywaniu zakresu przedmiotowego zamówienia, nie wszystkie funkcjonalności brane były pod uwagę. Zamawiający odstąpił od skanowania/ wykonania zdjęć w technologii rejestracji wyładowań niezupełnych (takie też są możliwości). Zamawiający nie wziął również pod uwagę wektoryzowania przebiegu linii kablowych. Wykonanie ortofotomapy powierzchniowej daje realne wyniki i możliwości w pozyskaniu tego typu danych łącznie. Można stwierdzić, że wykorzystywanie ortofotomapy podnosi jakość informacji w oparciu, o którą zarządza się majątkiem sieciowym Zamawiającego.

Zamawiający podkreślał, że Pzp2004 nie nakłada na Zamawiającego obowiązku podziału zamówienia na części oraz że ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza

konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty określonej grupie wykonawców nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum.

Kontrolujący, celem oceny argumentów przywołanych w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, a odnoszących się do powołanej w Informacji o wyniku kontroli opinii biegłego sądowego, zwrócił się ponownie do biegłego sądowego z prośbą o ustosunkowanie się do zastrzeżeń od wyniku kontroli. W odpowiedzi biegły wskazał, że nie kwestionuje potrzeb Zamawiającego posiadania danych powierzchniowych (ortofotomapy) i danych dotyczących istniejącej infrastruktury liniowej (obloty liniowe) w zakresie usprawnienia szeroko rozumianego zarządzania majątkiem sieciowym w obszarach eksploatacji, modernizacji i rozwoju. Powtórzył jednak, że obloty liniowe i ortofotomapa na etapie wykonania nie jest powiązana technologicznie. Te dwa procesy są całkowicie od siebie niezależne. Przytoczył także fragment uzasadnienia zawartego w poprzednio przygotowanej opinii, że wykonanie ortofotomapy jest typowym opracowaniem geodezyjnym (fotogrametrycznym) i, że jest to proces niezależny, wykonywany przez specjalistyczne firmy posiadające przystosowane samoloty oraz odpowiednie kamery lotnicze. W Polsce funkcjonuje tylko kilka tego typu firm (w praktyce trzy). Podmioty spoza Polski w zasadzie nie wykonują takich prac w naszym kraju, gdyż musiałyby posiadać certyfikat bezpieczeństwa przemysłowego którego pozyskanie jest długotrwałe.

Kontrolujący, opierając się w znaczącej części na wnioskach wynikających z przedmiotowej opinii uznał, że Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył przepisy art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp2004. W konsekwencji stwierdził również, że zachodzą przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp2004 skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego Zamawiający zaniechał.

W uchwale z dnia 2 lutego 2022 r., KIO/KD 3/22 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp2004). W istocie decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile Zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części. Zamawiający, podejmując zatem decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy decyzja taka przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Zamawiającego musi także uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 Pzp2004 - równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Innymi słowy swoboda Zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie, miał obowiązek kwestie powyższe wziąć pod uwagę, jeśli jednak podział na części w danym postępowaniu nie jest uzasadniony żadnymi względami - to ustawodawca niewątpliwie takiego obowiązku nie ustanowił.

Nie sposób też zgodzić się z oceną Kontrolującego, że taki sposób sformułowania przedmiotu zamówienia, który w istocie wymusza na działających na danym rynku przedsiębiorcach korzystanie z usług podwykonawców lub konsorcjantów dla realizacji części zamówienia, stanowi o utrudnianiu uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 29 ust. 2 Pzp2004 oraz o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 Pzp2004. Nie można bowiem stwierdzić, że już poprzez samą tylko okoliczność, że do zrealizowania zamówienia konieczne będzie czy to skorzystanie z podwykonawców, czy też działanie ich

wspólnie, jako grupa - stanowi samo w sobie o naruszeniu zasad zamówień publicznych. Niewątpliwie, jak wskazał Kontrolujący poszukiwanie podwykonawcy lub konsorcjanta do partycypacji w procesie ubiegania się o udzielenie zamówienia stanowi pewne obciążenie dla wykonawcy, ale nie jest to przeszkoda do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Wszak zawsze kwestia ubiegania się o dane zamówienie - poszukiwanie zamówień, złożenie oferty i wymaganych dokumentów, wiąże się z pewnym wysiłkiem i zaangażowania określonych zasobów.

Nierzadko zdarza się, że zlecając zamówienie, w których zakresie leży szereg różnych czynności, znajdują się w nim również takie elementy, których wykonanie będzie możliwe przez węższą grupę podmiotów. Taka specjalistyczna część może zostać wówczas zlecona podwykonawcy. Nie jest też niczym szczególnym w takiej sytuacji, że do realizacji zamówienia powołuje się konsorcja, przy czym bez znaczenia jest, jaki jest udział danego członka konsorcjum w wykonaniu całości, czasami zdarza się nawet, że ten jest marginalny.

W kontekście przedmiotowych zarzutów konieczne jest także odniesienie się do stanowiska biegłego, które ten zajął w niniejszej sprawie, albowiem

wnioski Kontrolującego zostały w znaczącej części sformułowane na podstawie sporządzonych przez niego opinii oraz opinii uzupełniającej.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że powołany przez Kontrolującego biegły sądowy w zakresie geodezji i kartografii w specjalności fotogrametria, nie jest uprawniony do oceny czy włączenie do zakresu zamówienia zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej, zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia mogło skutkować utrudnieniem uczciwej konkurencji oraz nierównym traktowaniem wykonawców. Ocena w tym przedmiocie należy bowiem do Kontrolującego, zaś rolą biegłego i celem pozyskania jego opinii jest wyłącznie poznanie jego stanowiska w kwestiach technicznych, związanych z przedmiotem zamówienia. Należy zatem stwierdzić, że pytanie skierowane do biegłego zostało sformułowane w sposób nieprawidłowy, zaś wnioski w zakresie, w jakim stwierdził on, że naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji, nie mogą zostać wzięte pod uwagę.

Z kolei w odniesieniu do kwestii, w których opinia biegłego była istotna tj. w zakresie w jakim powinien ocenić czy charakter zadania polegającego na dostarczeniu powierzchniowej fotomapy cyfrowej,



jest całkowicie odrębnym w stosunku do pozostałych zadań wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia stwierdził on jedynie, że wykonanie takiej mapy jest procesem niezależnym i nie wpływa na pozostały zakres przedmiotowego zamówienia. Powyższe nie oznacza jeszcze, że zasadne i konieczne jest wydzielenie tego właśnie zakresu, czy to jako odrębnej części, czy też wyodrębnienie i zlecenie w innym postępowaniu.

Okoliczność, że brak jest powiązania technologicznego pomiędzy tymi zakresami, nie wyklucza, że zakresy te nie są powiązane ze sobą organizacyjnie czy ekonomicznie. Kontrolujący tych elementów nie badał, nie wziął też w ogóle pod uwagę i nie odniósł się do argumentacji Zamawiającego, który wskazywał na możliwość obniżenia kosztów ponoszonych przez wykonawcę, właśnie dzięki ujęciu zadania dostarczenia fotomapy cyfrowej w zakresie zamówienia obejmującego także obloty liniowe, ze względu na udział kosztów wspólnych realizacji tych dwóch zakresów. Nie sposób zatem stwierdzić czy takie ich powiązanie i zagregowanie w jednym postępowaniu właśnie ze względów ekonomicznych, nie było usprawiedliwione. Nie sposób w żaden sposób przesądzić, że korzystniejszy efekt ekonomiczny uzyskałby Zamawiający wydzielając ten zakres i zlecając go odrębnie w ramach części lub w oddzielnym zamówieniu.

Z takim postępowaniem wiąże się też inne ryzyko, polegające na tym, że na ten wyodrębniony przedmiot nie zostałaby złożona żadna oferta, lub też, że na pozostały zakres złożono by ofertę. Nie wiadomo, gdyż ani Kontrolujący ani biegły do kwestii tej nie odnieśli się, czy w takiej sytuacji udzielenie jednego zamówienia, bez podpisania umowy w wyniku drugiego postępowania, miałoby sens.

Biegły nie odpowiedział również na pytanie, czy w sposób, jak to uczynił Zamawiający w postępowaniu, określany jest przedmiot zamówienia w innych tego rodzaju zamówieniach. Co istotne stwierdza on w swojej opinii, że w swojej pracy zawodowej nie spotkał zamówień łączących obiekty liniowe linii energetycznych z wykonaniem fotomapy powierzchniowej, nie wskazując jednocześnie czy ten rynek badał, a jeśli tak ile tego rodzaju zamówień poddał analizie. Jednocześnie zastrzega, że na tym rynku się nie zna, bowiem jest specjalistą z dziedziny fotogrametrii.

Opinia biegłego, opisując rynek wykonawców, którzy mogliby wykonać ten zakres zamówienia wskazuje na kilka specjalistycznych firm, które posiadają przystosowane samoloty i odpowiednie kamery lotnicze. Biegły wskazuje, że tych podmiotów na rynku Polskim jest "kilka (w praktyce trzy)", nie wymieniając ich nazw. Nie wyjaśnia też czy są to te same firmy, które złożyły oferty w tym postępowaniu. Dodatkowo jeszcze należy zwrócić uwagę na ten fragment opinii biegłego, w której stwierdza on, że w przypadku tego zamówienia, gdzie konieczne jest wykonanie zdjęć na dużym obszarze - takie zadanie wykonywane jest przy pomocy specjalistycznych samolotów fotogrametrycznych. Jednak nie wyklucza, że taki sam efekt można uzyskać stosując drony, stwierdzając jedynie, że taki sposób realizacji tego zadania nie jest ekonomicznie uzasadniony. Nie wyjaśnia jednak jak przełożyłoby się to na koszt realizacji zamówienia i ile jest podmiotów, które przy użyciu dronów mogłyby takie opracowanie wykonać, a tym samym ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela również poglądu wyrażonego przez Kontrolującego, że znaczenie dla określenia wpływu na konkurencyjność postępowania może mieć fakt, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia jeden z wykonawców wniósł o wydzielenie zadania na dostarczenie fotomapy cyfrowej do odrębnego postępowania. To, że jeden potencjalny oferent oczekuje określonego sposobu zlecenia dane usługi, gdyż z różnych przyczyn jest to dla niego korzystniejsze, nie przesądza, że taki sposób wykonania zamówienia będzie równie korzystny dla Zamawiającego, a już z całą pewnością sama ta okoliczność nie potwierdza oddziaływania danego sposobu sformułowania zakresu zamówienia na konkurencję w postępowaniu.

Tym samym nie sposób stwierdzić w niniejszej sprawie, że doszło do naruszenia wskazywanych przez Kontrolującego przepisów. Wbrew twierdzeniom zawartym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie sposób stwierdzić, że należało dokonać podziału zamówienia na części, a zlecenie dostarczenia powierzchniowej fotomapy cyfrowej w odrębnym zadaniu czy postępowaniu mogło mieć wpływ na grono potencjalnych wykonawców czy też przyczynić się do obniżenia ceny.

POINFORMOWANIE WYKONAWCY O ODTAJNIENIU TREŚCI ZŁOŻONEGO DOKUMENTU



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

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko oraz argumentację prezentowaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż obowiązek Zamawiającego do odtajnienia 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 argumentację przytoczoną w uchwale z dnia 30 października 2018 r., KIO/KU 40/18, podkreślając, że kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym jest narzędziem do budowania zaufania do systemu zamówień

publicznych (por. m.in. wyrok z dnia 20 marca 2017 r., KIO 2113/16).

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Wyjątkiem od powyższej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. 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.

Obowiązkiem zamawiającego jest każdorazowo w toku badania i oceny ofert dokonywać weryfikacji treści informacji, które stanowią 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. Zamawiający w przypadku negatywnej oceny złożonych zastrzeżeń powinien zawiadomić wykonawców, że uznał za nieskuteczne poczynione przez danego wykonawcę zastrzeżenie informacji jako

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ wykonawca musi mieć pewność co do tego jak zamawiający ocenił złożone przez niego zastrzeżenia. Pewność ta musi być poparta wiedzą, tzn. nie może być dorozumiana i nie może być oparta na przypuszczeniach lub przewidywaniach wykonawcy. Jest to istotne z punktu widzenia wykonawców, ponieważ ocena dotycząca skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi czynność zamawiającego w postępowaniu, na którą przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

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. Podkreślenia wymaga, że czynność zamawiającego (zawiadomienie wykonawcy o uznaniu złożonych przez niego zastrzeżeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne) powinna nastąpić niezależnie od okoliczności złożenia przez innych wykonawców 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.



Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy – usuwamy wątpliwości



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w doradztwie z zakresu zamówień publicznych. Redaktor naczelny w czasopiśmie wPrzetargach.pl i Rynek Przetargowy. Wykładowca problematyki zamówień publicznych.

Na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przepis ten odpowiada przepisowi art. 36a ust. 1 Pzp2004 („Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”).

Zgodnie natomiast z art. 60 pkt 1 i art. 121 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z

rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Sformułowanie „może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi” oznacza, że zamawiający może określić pewien zakres robót, które ze względu na swoją specyfikę mają zasadniczy (decydujący) wpływ na wykonanie całości robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, i które ze względu na posiadane doświadczenie w tym zakresie będzie mógł wykonać tylko wykonawca lub poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia. Kluczowe zadania dotyczące zamówień na roboty budowlane lub usługi oraz prace związane z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy, nie mogą być wskazane procentowo.

W wyroku z dnia 9 listopada 2016 r., III SA/Wr 921/16 Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu zwrócił uwagę, że „jeżeli zamawiający zdecyduje się na ograniczenie udziału podwykonawców, to powinien precyzyjnie określić, która część zamówienia nie może zostać im powierzona. Zamawiający powinien zatem precyzyjnie (w sposób jednoznaczny, a nie dorozumiany) określić zakres rzeczowy, który ma zostać wykonany wyłącznie siłami własnymi wykonawcy, co ma szczególne znaczenie w przypadku skomplikowanych, angażujących specjalistów z wielu branż, robót budowlanych.” Sąd odniósł się również do procentowego określenia części zamówienia, której wykonanie wykonawca może powierzyć podwykonawcy oraz ograniczenia podwykonawstwa ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia. Sąd zwrócił uwagę, że w literaturze oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że ograniczenie podwykonawstwa (ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia) może mieć miejsce wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, związanych z charakterem i zakresem zamówienia, jak również z uwagi na oczekiwane przez zamawiającego osobiste przymioty wykonawcy, mające znaczenie dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę jego specyficzny charakter (por. wyrok z dnia 2 listopada 2011 r., KIO 2274/11, wyrok z dnia 11 maja 2011 r., KIO 878/11, KIO 901/11). Sąd uznał, że jeżeli zamawiający zdecyduje się na ograniczenie udziału podwykonawców, to powinien precyzyjnie określić, która część zamówienia nie może zostać im powierzona. Zamawiający powinien zatem precyzyjnie (w sposób jednoznaczny, a nie dorozumiany) określić zakres rzeczowy, który ma zostać wykonany wyłącznie siłami własnymi wykonawcy, co ma szczególne znaczenie w przypadku skomplikowanych, angażujących specjalistów z wielu branż, robót budowlanych. „Tymczasem zamawiający we wzorze umowy wskazał procentowo, tj. „nie więcej jak 60% robót budowlanych wykonanych siłami własnymi”.

W ocenie Sądu „takie sformułowanie mogło spowodować, że każdy oferent mógł inaczej interpretować zakres podwykonawstwa i dowolnie go regulować, kierując się jedynie skalkulowaną przez siebie ceną oferty, a nie wyraźnym oświadczeniem zamawiającego w tym zakresie. W takiej sytuacji nie można zaś mówić o zapewnieniu potencjalnym wykonawcom rzetelnej informacji o przedmiocie zamówienia i o równym traktowaniu wykonawców. Ponadto, odwołanie się do procentowej części przedmiotu umowy oznaczało, że wykonawcy mogli powierzyć podwykonawcom zarówno roboty specjalistyczne mające kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia, wymagające wiedzy, doświadczenia i odpowiedniego potencjału technicznego, jak również zadania proste. Zamawiający tym samym wykazał jednocześnie, że nie ma dla niego znaczenia, jakie prace będą wykonywane przez wykonawcę, skoro to sam wykonawca mógł zdecydować, którą część wykona samodzielnie, a którą za pomocą podwykonawców. (...) Jeszcze raz podkreślenia wymaga, że możliwość ograniczenia podwykonawstwa miała zagwarantować zamawiającemu samodzielne wykonanie przez wykonawcę konkretnej części prac szczególnie istotnej dla zamawiającego, a nie jakiejś abstrakcyjnie procentowo wyrażonej części zamówienia. W tym miejscu powołać należy wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 23 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1464/05 (LEX nr 174798), w którym wyraźnie wskazano, że zamawiający nie powinien procentowo określać maksymalnego udziału podwykonawców, lecz wymienić części zamówienia, dla których wymagane jest osobiste świadczenie wykonawców. **Niewątpliwie więc udział podwykonawców nie powinien być ograniczany limitami procentowymi bez określenia rodzaju konkretnych prac - części zamówienia. W ocenie Sądu takie zapisy SIWZ ograniczyły bezpodstawnie swobodę podwykonawstwa, co skutkuje naruszeniem postanowień art. 7 ust. 1 Pzp2004”.**

Do ograniczenia powierzania wykonania części zamówienia podwykonawcy, przez nieprawidłowe wskazanie kluczowych części zamówienia na roboty budowlane odniósł się również Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 21 marca 2017 r., III SA/Lu 826/16. Sąd uznał za uzasadnione stanowisko Zarządu Wojewódz-

stwa, który zakwestionował zawarte w SIWZ postanowienia dotyczące dopuszczalności podwykonawstwa przy realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z kwestionowanymi postanowieniami: „Wykonawca może powierzyć wykonanie części niniejszego zamówienia podwykonawcom. W takim przypadku zobowiązany jest do wykazania w formularzu ofertowym części zamówienia, której zadanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz do podania nazw (firm) podwykonawców (...). Kluczowe części niniejszego zamówienia polegające na: wykonaniu wszelkich prac budowlanych związanych z budową/remontem każdego mostu muszą zostać wykonane osobiście przez Wykonawcę; zastrzeżenie to nie jest skuteczne w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu”. W ocenie organu zawarty w SIWZ zapis w praktyce wyłącza udział podwykonawców w realizacji zamówienia. Zastrzeżenie wykonania przez wykonawcę prac budowlanych związanych z budową i remontem mostu obejmowało de facto praktycznie cały zakres zamówienia. Na podstawie analizy specyfikacji oraz ofert uznanych przez beneficjenta jako najkorzystniejsze organ ustalił, że zakres prac pomocniczych (które mogły być powierzone podwykonawcy) w zadaniach 1-3 obejmował od 0,25 do 0,68% wartości zamówienia. Ograniczenie podwykonawstwa przez

beneficjenta stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne potencjalnych wykonawców. Dopuszczenie podwykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia przyczynia się do wzrostu liczby wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz zwiększa konkurencyjność. Konsekwencją tak sformułowanego przez beneficjenta warunku było odrzucenie oferty najtańszej w przypadku czterech spośród pięciu zadań, składających się na całe zamówienie.”

Sąd uznał, że „użyte przez ustawodawcę pojęcie kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi nakłada na zamawiającego obowiązek precyzyjnego określenia zakresu prac, które mają być wykonane wyłącznie siłami własnymi wykonawcy. Określenie to musi mieć charakter jednoznaczny, a nie dorozumiany (por. podobnie w powoływanym wyroku z dnia 9 listopada 2016 r., III SA/Wr 921/16 WSA we Wrocławiu). Ponadto, skoro ograniczenie ma dotyczyć „kluczowych części”, nie można go rozciągać de facto na całość zamówienia.”

Sąd zwrócił także uwagę, że „W literaturze przedmiotu trafnie wskazuje się, że największą trudność w interpretacji dopuszczalnych granic wymagania



osobistego spełnienia świadczenia w przypadku zamówienia na roboty budowlane lub usługi nastręcza określenie „kluczowa część zamówienia”. Posłużenie się pojęciem niedookreślonym pozwala na dopasowanie zakresu zastrzeżenia do konkretnych okoliczności udzielanego zamówienia. Wskazuje się, że zamiarem ustawodawcy było w tym wypadku wprowadzenie podziału na elementy istotne dla prawidłowego wykonania umowy związane z osobą wykonawcy oraz o mniejszym znaczeniu, pozostające w mniejszym stopniu w związku z podmiotem wykonującym zamówienie. Kluczowa część zamówienia nie powinna być rozumiana jako część główna z punktu widzenia skali zamówienia czy wartości wykonywanych prac, jeżeli bierze się pod uwagę nakaz zachowania uczciwej konkurencji. Zachowanie uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia (por. M. Stachowiak, Komentarz do art. 36 (a) ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2014, ver. elektr. SIP LEX)."

W ocenie Sądu „ze względu na zasadę uczciwej konkurencji i konieczność otwarcia rynku zamówień dla mniejszych przedsiębiorców nie można pojęciem „kluczowych części zamówienia” obejmować prac wyczerpujący niemal cały przedmiot zamówienia. Taka sytuacja byłaby dopuszczalna jedynie w wyjątkowej sytuacji, motywowanej szczególnym charakterem prac. Tymczasem nie jest przekonujący argument Gminy, że rozbiórka i budowa mostów uzasadnia wprowadzenie wymogu osobistej realizacji zamówienia przez wykonawcę na tak szeroką skalę. Trafnie zwraca uwagę organ, że zamówienie obejmowało remont lub odbudowę kilku niewielkich mostów, nie jest to więc tak poważne zadanie, że skorzystanie z usług podwykonawców groziłoby niebezpieczeństwem nieprawidłowej realizacji zamówienia. Nawet nie posiadając specjalistycznej wiedzy i szczegółowej znajomości rynku można stwierdzić, że większość prac rozbiórkowych czy część prac montażowych (np. montaż barier) nie ma charakteru uzasadniającego konieczność osobistej realizacji przez wykonawcę."

Wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 9 listopada 2016 r., III SA/Wr 921/16 oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 21 marca 2017 r., III SA/Lu 826/16 w żaden sposób nie odnoszą się do uznania dopuszczalności powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy.

W praktyce udzielania zamówień publicznych funkcjonuje pogląd, że przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować jako absolutnego zakazu powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy. Czy przepis art. 462 ust. 1 ustawy Pzp można więc interpretować jako uprawnienie do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że dopuszczalne jest również powierzenie całości zamówienia podwykonawcy?

W praktyce udzielania zamówień publicznych funkcjonuje również pogląd, że wykonawca może powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy, ponieważ ustawodawca w żadnym przepisie ustawy Pzp nie sformułował zakazu powierzenia całości zamówienia podwykonawcy (np. nie wskazał, że „Wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy”).

Zakaz powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy nie budzi żadnych wątpliwości na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym. Przede wszystkim konsekwencją dopuszczenia możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów (także za pomocą podmiotów udostępniających zasoby), nie zaś realizacja zamówienia udzielonego przez zamawiającego.

Na niedopuszczalność powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy wskazuje również definicja umowy podwykonawczej (art. 7 pkt 27 ustawy Pzp). Przez umowę podwykonawczą należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą

lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądowego prawidłowa wykładnia art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest następująca. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy nie będzie natomiast możliwe, gdy zamawiający zgodnie z art. 60 pkt 1 i art. 121 pkt 1 ustawy Pzp, zastrzeże obowiązek osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Jeśli zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę np. kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane, wykonawca może powierzyć wykonanie tylko części zamówienia podwykonawcy. Odmienne interpretacje art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest nieuprawniona i wykraczająca poza reguły wykładni tego przepisu.

Taka interpretacja jest prezentowana w orzecznictwie (wyrok z dnia 11 czerwca 2014 r., KIO 1075/14, wyrok z dnia 27 lutego 2020 r., KIO 299/20, wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2971/20 i KIO 2976/20, uchwała z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r., XXIII Zs 11/21).

Niedopuszczalne jest również takie powierzenie podwykonawcom części zamówienia, jeżeli wskazywałoby to na pozorność czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia (np. powierzenie 99% zakresu rzeczowego robót budowlanych lub usług). Takie działanie wykonawcy należałoby uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisów art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku powierzenia przez wykonawcę wykonania znaczącej części zamówienia podwykonawcy, zamawiający biorąc po

uwagę np. zakres rzeczowy robót budowlanych, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, powinien dokonać oceny czy de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy.

W wyroku z dnia 5 maja 2021 r., XXIII Zs 11/21 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. jak i w ustawie z dnia 11 września 2019 r. w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. **Sąd zwrócił również uwagę, że „wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.”**

Przepis art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi również żadnej ingerencji w relacje pomiędzy wykonawcą są podwykonawcą. Przepis ten stanowi natomiast ochronę zasady, iż „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” oraz przeciwdziała akceptacji pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Za dopuszczalnością powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy nie przemawia również fakt, iż wykonawca i tak odpowiada za wykonanie całości zamówienia. Co więcej, taki „argument” wydaje się wręcz absurdalny. Nie można bowiem utożsamiać odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia (także w przypadku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy) z ustawowym dopuszczeniem powierzania wykonania tylko części zamówienia podwykonawcy.

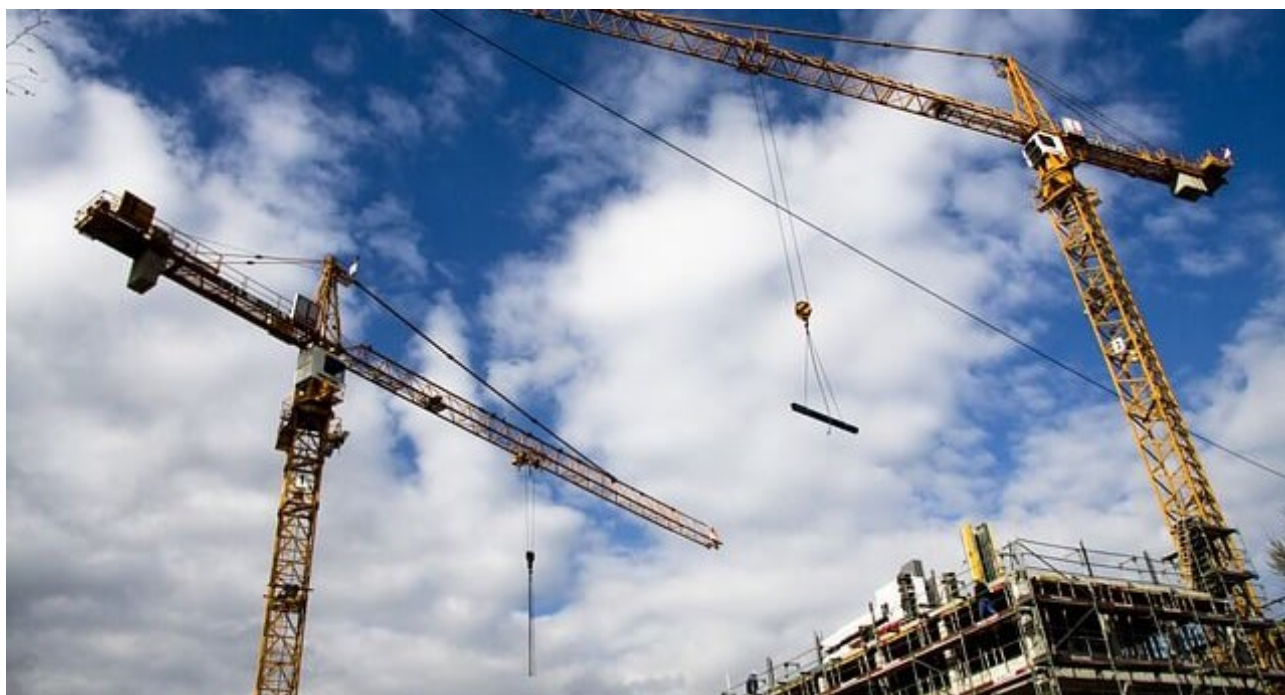
Użycie w art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wyrażenia „wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”, nie oznacza, że z przepisu tego można wyprowadzić wniosek o niedopuszczalności powierzenia wykonania całości zamówienia jednemu podwykonawcy, natomiast możliwe jest powierzenie wykonania całości zamówienia dwóm i więcej podwykonawcom.

Przykładem może być powierzenie wykonania czterem podwykonawcom po 25% zakresu rzeczowego robót budowlanych lub usług. Taka sytuacja byłaby niezgodna z zasadą udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp). **Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.** Takie działanie wykonawcy należałoby uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp.

Na pozorność czynności zwrócono uwagę wyroku z dnia 21 września 2017 r., KIO 1857/17. Wyrok dotyczył pozorności udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania. **W tym przypadku wykonawca pozornie polegał na zasobach podmiotu udostępniającego, powierzając temu podmiotowi zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3%**

wartości całkowitej oferty. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej o tym, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie realizował zamówienia świadczy następujący rozkład podziału zadań w ramach przedmiotu zamówienia przedstawiający się następująco, który przedstawił w odpowiedzi na odwołanie zamawiający. „Wartość prac planowanych do powierzenia podmiotowi trzeciemu, których zakres wbrew twierdzeniu odwołującego nie stanowił katalogu otwartego lecz zamknięty, wynosi 160 000 zł brutto, podczas gdy wartość robót budowlanych wskazanych przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu to min. 7 000 000 zł brutto każda robota, a w wartość oferty odwołującego to 12 129 681,20 zł. Z niniejszego wynika, iż wartość robót deklarowanych przez odwołującego do powierzenia do realizacji podmiotowi trzeciemu, na zasoby którego odwołujący powołał się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% wartości całkowitej oferty.”

W ocenie składu orzekającego zamawiający słusznie dokonał oceny otrzymanych dokumentów i uznał, że ich treść wskazuje na „pozorność” udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania.



PRÓBKKI, DEMONSTRACJA I PREZENTACJA



Przedmiotowymi środkami dowodowymi są prezentacje, demonstracja, wizualizacja, testy i próbki. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że przeprowadzanie demonstracji w celu potwierdzenia, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, nie jest uznawane za niedopuszczalne (zob. wyroki z dnia 28 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 469/09, dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1173/08 i dnia 13 lutego 2008 r., KIO/UZP 70/08). Jeżeli po dokonaniu prezentacji okaże się, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp2004 (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) (zob. wyroki z dnia 22 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1420/08 i dnia 16 września 2009 r., KIO/UZP 1269/09).

W wyroku z dnia 28 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 469/09, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do sposobu przeprowadzenia prezentacji stwierdziła, że warunki przeprowadzenia prezentacji zostały określone w sposób precyzyjny. Zamawiający wskazał, iż prezentacja musi być przeprowadzona przez maksymalnie cztery osoby, na środowisku testowym z przykładową bazą danych, wypełnioną danymi w takim zakresie, aby możliwe było pokazanie wszystkich funkcji ujętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca jest zobowiązany zapewnić wszelkie zasoby sprzętowe (m.in. komputery, drukarka, projektor) oraz programowe (oferowane programy, systemy operacyjne, bazy danych itp.) niezbędne do wykonania prezentacji. Wymóg taki Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadniony biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotem zamówienia jest gotowy system informatyczny. Jednocześnie zamawiający określił sposób weryfikacji ofert i udokumentowania pre-

zentacji. Wskazał, iż w każdej z ofert zostanie sprawdzona ta sama funkcjonalność, przeprowadzenie prezentacji odbędzie się dla wszystkich wykonawców w tym samym terminie, a przebieg prezentacji będzie zarejestrowany przez Zamawiającego za pomocą kamery video lub utrwalony na innym nośniku, nagranie to będzie stanowiło załącznik do dokumentacji postępowania, a dodatkowo zostanie sporządzony pisemny protokół z prezentacji każdego wykonawcy. Opisany powyżej sposób przeprowadzenia prezentacji przygotowany został, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - zamawiający udzielił wszystkim wykonawcom tych samych informacji o zakresie prezentacji i sposobie jej przeprowadzenia, określił, iż w każdej z ofert zostanie sprawdzona ta sama funkcjonalność, co stawia wykonawców na równej pozycji, co więcej, określił, iż każdy z wykonawców przeprowadzi prezentację w tym samym dniu, co daje wszystkim wykonawcom równy czas na przygotowanie się do niej. Rejestrowanie przebiegu prezentacji i sporządzenie protokołu stanowi z kolei o zachowaniu zasady jawności postępowania i pozwoli wykonawcom na zapoznanie się z przebiegiem prezentacji konkurenta.

W orzecznictwie demonstrację traktuje się również jak próbkę albo coś do niej zbliżonego (zob. wyroki z dnia 7 listopada 2008 r., KIO/UZP 1173/08 i dnia 17 maja 2010 r., KIO/UZP 758/10). W przypadku nieprzeprowadzenia prezentacji niedopuszczalne jest wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004 (**aktualnie art. 128 ust. 1 ustawy**

Pzp) do jej przeprowadzenia. W postępowaniu, którego dotyczył wyrok z dnia 13 lutego 2008 r., KIO/UZP 70/08, zamawiający żądał w ogłoszeniu o zamówieniu przedstawienia próbki w postaci nośnika elektronicznego CD lub DVD przygotowanego zgodnie z opisem zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Film miał pokazywać funkcjonalność systemu, który miał być dopiero wykonany w ramach realizacji zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego, że takie postanowienie jest sprzeczne z pojęciem słowa „próbka”. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Próbką może być jeden egzemplarz towaru produkowany w większych ilościach np. cegła. Celem takiej próbki jest zapoznanie się Zamawiającego z tym co ma być przedmiotem wykonania zamówienia. Dostarczenie filmu nie pozwala na zapoznanie się z systemem, który zostanie wykonany dla Zamawiającego, a pozwala tylko pokazać, że wykonawca wykonał jakiś system. Żądanie takiej próbki byłoby dopuszczalne, gdyby przedmiotem zamówienia było istniejące oprogramowanie, a w szczególności oprogramowane standardowe, powtarzalne, np. system operacyjny Windows. Natomiast przedmiotem zamówienia jest budowa prototypu. Dostarczenie próbki zobowiązywałoby wykonawcę do sporządzenia fragmentu funkcjonalności prototypu jeszcze przed złożeniem oferty. Wykonawca może zaprezentować system informatyczny, ale tylko gdy on już istnieje np. system obiegu dokumentów. Postawienie takiego warunku może być zasadne w już istniejących systemach, a nie w przypadku opracowania prototypu nowego systemu. Ponadto



przedmiotowy system nie będzie zarządzał ruchem ani dokumentacją medyczną i nie będzie wdrożony w zakładzie opieki zdrowotnej”.

W wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r., KIO 1207/13, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do wizualizacji oferowanego przez wykonawcę zestawu zabawowego, uznała, że „opis i wizualizacja oferowanego zestawu zabawowego, w zakresie, w jakim przedstawiają, jakie urządzenie (o jakich parametrach, konstrukcji, zastosowanych materiałach... etc.) jest oferowane, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument stanowiący część treści oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane dostawy (roboty) odpowiadają wymaganiom zamawiającego. W konsekwencji, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp2004 do jego uzupełnienia przez wymianę opisanego tam, a więc oferowanego, urządzenia na inne. Jednakże powyższe nie przesądza o prawidłowości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp2004 (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu ze względu na braki w potwierdzeniu, że oferowane urządzenie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Oferta jak najbardziej może być wyjaśniona i ewentualnie poprawiona w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, a nawet na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004 (**aktualnie art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 3 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp**), jednakże z zastrzeżeniem wskazanego wyżej ograniczenia zakresu i sposobu takiego uzupełnienia”.

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

W wyroku z dnia 22 listopada 2013 r., KIO 2600/13, KIO 2609/13, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że żądanie próbki nie może narażać wykonawców na nadmierne obciążenia finansowe. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „uprawnienie do zażądania próbki ograniczone jest przez uniwersalną regułę wynikającą z art. 25 ust. 1 Pzp2004, zgodnie z którą zamawiający może zażądać od wykonawców wyłącznie dokumentów niezbędnych do prze-

prowadzenia postępowania. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej ową niezbędność należy odnosić zarówno do możliwości zażądania dokumentu jako takiego, jak i zażądanego zakresu dokumentu. Ta druga płaszczyzna oceny ma w szczególności znaczenie przy próbkce, której zakres nie został bliżej sprecyzowany w przywołanym przepisie rozporządzenia. Zatem również zakres zażądanego próbki musi być niezbędny dla przeprowadzenia postępowania.”

Orzecznictwo

Źródło: www.uzp.gov.pl



UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE ODRZUCENIA OFERTY



Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty ma doniosłe znaczenie, dlatego nie może być lakoniczne i niekompletne.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Na znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty zwraca się uwagę w Komentarzu UZP (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, pod redakcją, Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021): „Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzy-

stania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione.”

Zamawiający, przekazując wykonawcom informacje, o których mowa w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, obowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne, także w przypadku odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców (niebudzący żadnych wątpliwości) wskazać powody odrzucenia. Brak jednoznacznego i zrozumiałego dla wykonawców uzasadnienia odrzucenia oferty może stanowić podstawę wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia. Takie naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i prowadzić do uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Wykonawcy, którzy złożyli oferty muszą otrzymać (w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty) wyczerpującą i zrozumiałą informację o powodach odrzucenia oferty. Podanie podstawy prawnej odrzucenia oferty jest niewystarczające.

Zamawiający musi również podać w sposób wyczerpujący stan faktyczny (uzasadnienie faktyczne), który był podstawą do odrzucenia oferty na określonej podstawie prawnej - jakie okoliczności stanowiły podstawę do uznania, że oferta została odrzucona. Przewidziane w przepisach ustawy Pzp obowiązki zamawiającego w zakresie przekazywania wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować wykonawcom ocenę prawidłowości działań zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Na powyższe wskazują tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej:

1) „Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obo-

wiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym” (wyrok z dnia 25 maja 2015; KIO 946/15, KIO 947/15);

2) „Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach” (wyrok z dnia 20 lipca 2015 r., KIO 1429/15);

3) „Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej” (wyrok z dnia 19 maja 2014 r., KIO 866/14);

4) „Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wyklu-

czenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie” (wyrok z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 918/13);

- 5) „Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami p.z.p. przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach” (wyrok z dnia 5 grudnia 2011 r., KIO 2503/11);
- 6) „Uzasadnienie faktyczne i prawne winno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu. Niezależnie od powyższego, uzasadnienie decyzji, jest po to, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie Sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Powyższe potwierdza orzecznictwo: „Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postano-

wienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny.” (wyrok z dnia 6 marca 2017 r., KIO 351/17).

Rangę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do upewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie, jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.”

Orzecznictwo

Źródło: www.uzp.gov.pl

USŁUGA ZASADNICZA CZY POMOCNICZA?



W wyroku z dnia 25 lutego 1999 r., Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekając w sprawie C-349/96 uznał, że „W celu ustalenia, dla celów podatku od wartości dodanej, czy świadczenie usług, na które składa się kilka elementów, należy traktować jako świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę, po pierwsze, że z treści przepisu art. 2 pkt 1 szóstej dyrektywy 77/388 wynika, że każde świadczenie usług powinno być normalnie traktowane jako odrębne i niezależne, oraz po drugie, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia pojedynczą usługę, nie powinno być sztucznie dzielone, aby nie zakłócić funkcjonowania systemu podatku od wartości dodanej. Z pojedynczym świadczeniem mamy do czynienia zwłaszcza wtedy, gdy jeden lub więcej elementów uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania jak do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za

usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W takiej sytuacji fakt, iż stosowana jest jedna cena nie ma decydującego znaczenia.”

Z wyroku C-349/96 można wyprowadzić następujące wnioski: (1) co do zasady każde świadczenie usług powinno być normalnie traktowane jako odrębne i niezależne; (2) wyjątkiem od powyższej zasady są usługi, które mają za zadanie lepsze wykorzystanie usługi zasadniczej.

Roboty budowlane, bez których czynności sadzenia drzew i roślin, czy pielęgnacja roślin, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości tych usług nasadzeniowych, należy uznać za czynności niezależne i samodzielne. Tylko w przypadku, gdy usługa nasadzenia roślinności ma bezpośredni związek (na zasadzie usługi pomocniczej) z robotami budowlanymi objętymi zamówieniem, należy zastosować jednolitą stawkę VAT w wysokości 23%.

W interpretacji indywidualnej z dnia 23 września 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej znak: 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM. wskazano, że obniżona do 8% stawka podatku ma zastosowanie wyłącznie do czynności związanych z realizacją zadania dotyczącego zagospodarowania terenów zielonych, natomiast pozostałe czynności związane np. z robotami budowlanymi, zakupem i montażem małej architektury wyłączone są z możliwości stosowania stawki obniżonej.

Obniżoną do 8% stawkę podatku VAT można zastosować także do tych czynności, które stanowią drobne prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, a które mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.30.10.0. Natomiast roboty budowlane, roboty drogowe, zakup i montaż tzw. małej architektury powinny być wyłączone z kompleksowej usługi i opodatkowane stawką podstawową.

Jako kryterium odrębności często stosowane w kontekście świadczeń złożonych przyjmuje się ustalenie czy poszczególne świadczenia mogą występować w obrocie gospodarczym niezależnie i czy mogą być wykonane przez dowolny inny podmiot. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, nie następuje świadczenie złożone, lecz kilka odrębnych świadczeń, które powinny być dla celów opodatkowania VAT traktowane niezależnie od siebie.

Zgodnie z podejściem zaprezentowanym przez Trybunał Sprawiedliwości m.in. w wyroku z dnia 27 września 2012 r. w sprawie C-392/11 Field Fisher Waterhouse, za pomocniczą należy uznać czynność, która nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej, a jej cel

jest zdeterminowany przez czynność główną. Podobnie w orzecznictwie NSA przyjmuje się, że świadczenie złożone ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych świadczeń wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia (wyrok NSA z dnia 6 maja 2015 r., I FSK 2105/13).

Świadczenie złożone charakteryzuje się kompleksowością i współzależnością wielu czynności, które wykonywane w sposób skoordynowany i efektywny mają doprowadzić do osiągnięcia zamierzonego celu. W przypadku usług o charakterze złożonym, o wysokości stawki podatku decyduje to, czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jedną usługą złożoną, czy też z szeregiem jednostkowych usług. Ocena tej okoliczności winna odbywać się w oparciu o to, czy dokonywane czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ścisłe powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter.

Usługa zagospodarowania terenów zieleni stanowi odrębną usługę wobec robót budowlanych. Fakt, że będzie ona wykonywana w ramach zamówienia obejmującego realizację robót budowlanych nie przesądza o kwalifikacji podatkowej tej czynności



jako usługi złożonej, gdyż są to różne, niezależne od siebie usługi (roboty), które powinny być opodatkowane VAT według właściwych dla nich zasad. W konsekwencji prace obejmujące zagospodarowanie terenów zieleni powinny być opodatkowane stawką 8%.

W wyroku z dnia 6 lipca 2017 r., KIO 1248/17 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Ocena, czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jedną usługą kompleksową, czy też z szeregiem jednostkowych usług winna odbywać się w oderwaniu od treści umowy łączącej strony, a jedynie w oparciu o to, czy dokonywane przez podatnika czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ścisłe powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. Sama wola stron umowy, że celem transakcji jest nabycie usługi kompleksowej, a nie poszczególnych wyodrębnionych świadczeń, nie decyduje o zakresie opodatkowania podatkiem od towarów i usług. - powyższa zasada potwierdzona wyrokami NSA (np. wyrok z 6 grudnia 2013 r., I FSK 1758/12) i ma zastosowanie w przypadku zapisów umów, w których strony umawiają się na nabycie poszczególnych elementów jednostkowych świadczenia kompleksowego. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Trybunał stwierdził, że „każde świadczenie usług musi być zasadniczo uznawane za odrębne i niezależne”.

O uznawaniu transakcji złożonych za jedno lub więcej świadczeń nie decyduje zatem treść łączą-

cej strony umowy, ale okoliczności przeprowadzania tych transakcji.

Podobnie w wyroku z 20 października 2010 r., I SA/Gd 806/10 WSA w Gdańsku orzekł, że: „w przypadku usług o charakterze złożonym, o wysokości zastosowanej stawki podatku decydować będzie to, czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jedną usługą kompleksową, czy też z szeregiem jednostkowych usług. Ocena tej okoliczności winna odbywać się przy tym w oderwaniu od treści umowy łączącej strony, a jedynie w oparciu o to, czy dokonywane przez podatnika czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ścisłe powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter.

Sama wola stron umowy, tzn. określenie w jej treści, że celem transakcji nie jest nabycie usługi kompleksowej, lecz poszczególnych wyodrębnionych świadczeń, nie decyduje o zakresie opodatkowania podatkiem VAT”. Potwierdza to również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO z 19 kwietnia 2016 r., KIO 503/16, w którym czytamy: „Jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmienia to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia.”



Czy zamawiający może udzielić zamówienia bez pisemnej zgody wykonawcy na wybór jego oferty, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty?



JUSTYNA ANDAŁA - SĘPKOWSKA

Prawnik z wieloletnią praktyką w dziedzinie zamówień publicznych. Autor licznych publikacji poświęconych zamówieniom publicznym, w tym książek, komentarzy, artykułów oraz ponad 1000 porad w systemie LEX Q&A, cytowana w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym.

Termin związania ofertą to wyznaczony czas, w którym wykonawca jest zobowiązany do utrzymania złożonej oferty, jako oferty wiążącej go w jej merytorycznych aspektach. Po stronie wykonawcy istnieje wówczas zobowiązanie do zawarcia umowy na podstawie i warunkach wpisanych w ofertę. Ustawa Pzp wskazuje, że termin związania ofertą jest podawany przez zamawiającego w dokumentacji postępowania przez wskazanie konkretnej daty. Jednocześnie ustawodawca ustala, jaki może

być maksymalny okres tego związania, uzależniając go od wartości przedmiotu zamówienia. W postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wykonawca może być związany ofertą nie dłużej niż:

- 1) 90 dni,
- 2) 120 dni - 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 - od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Natomiast w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, wykonawca może być związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Ważnym aspektem jest to, że ustawodawca zakłada, że termin związania ofertą może upłynąć a postępowanie nie będzie jeszcze zakończone, w związku z tym daje zamawiającemu uprawnienie, wskazując, że gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres. Przy czym w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne okres ten nie może być dłuższy niż 60 dni. W postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne okres przedłużenia terminu związania ofertą nie może być dłuższy niż 30 dni.

Pozostawanie wykonawcy związanym złożoną ofertą jest swoistą gwarancją dla zamawiającego, że przy prawidłowo toczącym się postępowaniu, umowa o zamówienie publiczne zostanie zawarta w dającej się przewidzieć przyszłości i cel prowadzonej procedury zostanie osiągnięty. W to założenie wpisuje się regulacja zawarta w art. 252 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jednocześnie w tym miejscu może pojawić się praktyczny problem, co jeśli zamawiający nie zdąży dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a ustalony termin związania ofertą upłynie. Postępowania bowiem toczą się różnie, każde jest inne i mogą się zdarzyć niespodziewane sytuacje. Z tego względu ustawodawca wyjaśnia, w ramach art.

252 ust. 2 ustawy Pzp, 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 uzasadnieniu projektu do ustawy Pzp wskazano: „(...) Zawarte w ustawie rozwiązania prawne w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty wpisują się w potrzebę zapewnienia bardziej efektywnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym celu w art. 252 została przewidziana podstawowa zasada, iż zamawiający ma dokonywać wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą, który został określony w dokumentach zamówienia, a więc maksymalnie w terminie 90 albo 120 dni od dnia upływu terminu składania ofert. Upływ terminu związania ofertą nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, o ile wykonawca ten wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty w okolicznościach upływu terminu związania ofertą. W sensie cywilistycznym wyrażenie zgody przez wykonawcę będzie równoznaczne ze złożeniem przez niego nowej oferty o tożsamej treści jak oferta, którą wykonawca był dotychczas związany. W przypadku braku wyrażenia zgody przez wykonawcę, zamawiający będzie miał obowiązek zwrócenia się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta otrzymała w kolejności najwyższą ocenę. Gdy kolejny wykonawca wyrazi zgodę na wybór jego oferty, zamawiający nie będzie musiał dokonywać ponownej oceny ofert opierając się na przeprowadzonej już ocenie, niemniej będzie mógł taką ocenę ponownie przeprowadzić, jeżeli uzna to za potrzebne. Proponowane rozwiązanie pozwoli na uniknięcie ryzyka unieważniania postępowań o udzielenie zamówienia i umożliwi zawieranie umów w sytuacjach, gdy nie było możliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą. (...)” (druk sejmowy 3624). Z tego wynikać musi stwierdzenie, że jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający nie może dokonać wyboru oferty i po tym udzielić zamówienia temu wykonawcy bez uzyskania pisemnej zgody na wybór jego oferty.

Ciekawym zagadnieniem jest kwestia pisemnej zgody wykonawcy. Pisemność w tym aspekcie należy bowiem rozumieć jedynie jako wymóg wyrażenia danej informacji przy użyciu znaków pisaćskich. Nie chodzi tu o szczególną formę oświadczenia woli, lecz o to, aby zgodę wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą można było odczytać czy powielić, z tego względu może to być również zgoda wyrażona w ramach wiadomości e-mail przekazanej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Jeżeli wykonawca, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę nie wyrazi pisemnej zgody, zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

W przepisach ustawy Pzp przewidziano również, że sankcją za brak pisemnej zgody na wybór oferty mimo upływu terminu związania ofertą, jest odrzucenie oferty (art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp). Pamiętać także należy, że w przypadku, gdy w prowadzonym postępowaniu zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Brak przedłużenia ważności wadium powoduje, że samo przedłużenie jest nieskuteczne. Jednak mimo odrzucenia oferty, odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą ani niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą nie powodują po stronie wykonawcy konsekwencji w postaci utraty wadium. Co istotne zamawiający nie może postanowieniami dokumentacji postępowania założyć, że wadium ma pozostawać czynne po upływie terminu związania ofertą. Jak wskazano w wyroku z dnia 17 grudnia 2021r., KIO 3482/21: „(...) art. 97 ust. 5 ustawy Pzp określa cezurę czasową dla utrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadialna powinna zachowywać ważność do końca terminu związania ofertą, zamawiający zaś wywołał skutek prawnie zakazany w postaci konieczności zabezpieczenia oferty wadium ponad ten termin. Zatem konsekwencje prawne wynikające z omawianej treści SWZ powodują, że została ona uznana przez Izbę za wypełniającą hipotezę art. 58 k.c., ponieważ wywołuje skutek sprzeczny z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp (wymusza

zabezpieczenia wadium ponad termin związania ofertą) i takiemu zachowaniu nie można udzielić ochrony prawnej. (...) Nie można też pominąć, że to jednak zamawiający kieruje przebiegiem postępowania i powinien mieć na uwadze konieczność dokonania wszystkich niezbędnych czynności w terminie związania ofertą, a nie przerzucać na wykonawcę ryzyko utrudnionego złożenia żądania zapłaty, w przypadku zajścia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w ostatnich dniach terminu związania ofertą. (...)”

Wniosek z powyższego jest taki, że po upływie terminu związania ofertą istnieje jeszcze możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak jest ona całkowicie uzależniona od woli wykonawcy i może nastąpić jedynie wtedy, gdy wykonawca, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty. Z kolei sytuacja braku dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty do upływu terminu związania ofertą rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do wyrażenia takiej zgody. Konsekwencją powyższego jest negatywna odpowiedź na pytanie: czy zamawiający może udzielić zamówienia bez pisemnej zgody na wybór jego oferty, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty bez pisemnej zgody na ten wybór, a więc nie może również zrobić kolejnego kroku, czyli podpisać z wykonawcą, którego nie wybrał w okresie związania ofertą, umowy o zamówienie publiczne. Potwierdza to również zasada, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Jeśli jednak czynność wyboru oferty nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, podpisanie umowy o zamówienie publiczne będzie możliwe, pod warunkiem istnienia takiej woli zarówno po stronie zamawiającego jak i wykonawcy. Zawarcie umowy z naruszeniem ustawy Pzp skutkować będzie zaistnieniem sytuacji wpisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co oznacza, że taka umowa podlega unieważnieniu. Przy czym podleganie unieważnieniu, oznacza, że umowa pozostaje ważna mimo okoliczności świadczących o jej wadliwości i wywołuje skutki prawne do momentu jej unieważnienia, które to unieważnienie nastąpić może na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu.

ODBIORY CZĘŚCIOWE I ODBIÓR KOŃCOWY ROBÓT BUDOWLANYCH



JÓZEF EDMUND NOWICKI

Właściciel kancelarii specjalizującej się w doradztwie z zakresu zamówień publicznych. Redaktor naczelny w czasopiśmie wPrzetargach.pl i Rynek Przetargowy. Wykładowca problematyki zamówień publicznych.

Do obowiązków zamawiającego należy dokonanie odbioru robót budowlanych.

Problematyki sposobu i odbioru wykonanych robót budowlanych nie regulują przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane - w skrócie „UsPrBud”. Przepisy te nie wskazują również, który z uczestników procesu budowlanego jest bezpośrednio obowiązany do odbioru wykonanych robót budowlanych. Z art. 18 ust. 1 pkt 4 UsPrBud wy-

nika jedynie, że do obowiązków inwestora należy m. in. zapewnienie odbioru robót budowlanych przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych.

O, ile w przypadku kierownika budowy, kierownika robót, projektanta oraz inspektora nadzoru inwestorskiego przez odpowiednie kwalifikacje zawodowe należy rozumieć uprawnienia budowlane udzielane w specjalnościach i specjalizacjach

techniczno-budowlanych, o których mowa w UsPrBud oraz rozporządzeniu w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, to w przypadku osób, które będą dokonywały odbiorów częściowych i odbioru końcowego, odpowiednie kwalifikacje zawodowe należy rozumieć także nabytą wiedzę i posiadane doświadczenie w zakresie robót budowlanych. Przepisy UsPrBud nie wskazują bowiem, jakie kwalifikacje zawodowe należy posiadać do odbioru wykonanych robót budowlanych.

W praktyce nie ukształtował się jednolity pogląd co do podmiotów uprawnionych do odbiorów częściowych i odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych.

Według pierwszego poglądu odbioru wykonanych robót budowlanych nie powinien dokonywać ustanowiony inspektor nadzoru inwestorskiego, ponieważ do jego podstawowych obowiązków należy sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania.

Według drugiego poglądu w przypadku, gdy ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego jest obligatoryjne, udział inspektora nadzoru inwestorskiego w czynnościach odbioru wykonanych robót budowlanych jest obligatoryjny.

Jeżeli natomiast nie ma obowiązku ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego, udział w odbiorze wykonanych robót budowlanych osób mających uprawnienia budowlane zależy od inwestora. Ponieważ nie sprzeciwiają się temu przepisy UsPrBud w praktyce inspektor nadzoru inwestorskiego bierze udział w czynnościach związanych z przygotowaniem odbioru końcowego robót budowlanych oraz w czynnościach odbiorów częściowych i odbioru końcowego.

W praktyce przyjmuje się również, że właściwymi uprawnieniami do odbioru wykonanych robót budowlanych są uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi, ponieważ celem odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych jest sprawdzenie zgodności wykonanych robót budowlanych w

szczegółności z warunkami pozwolenia na budowę, projektem budowlanym oraz przepisami UsPrBud i zawartą umową o roboty budowlane.

Odbioru wykonanych robót budowlanych nie powinien dokonywać kierownik budowy lub kierownik robót. Ponieważ celem odbioru wykonanych robót budowlanych jest także sprawowanie zgodności wykonanych robót budowlanych m. in. z projektem budowlanym, a także i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej oraz ustalenie czy roboty budowlane zostały wykonane bez wad, w odbiorach częściowych oraz odbiorze końcowym wykonanych robót budowlanych powinien uczestniczyć kierownik budowy.

Z art. 22 pkt 9 UsPrBud wynika natomiast obowiązek zgłoszenia przez kierownika budowy obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy oraz uczestniczyć w czynnościach odbioru oraz zapewnić usunięcie stwierdzonych wad. W praktyce istnieje natomiast pogląd, że osoba upoważniona do odbiorów częściowych i odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych nie powinna pełnić w czasie realizacji robót budowlanych jakichkolwiek samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Pogląd taki nie znajduje natomiast uzasadnienia w przepisach UsPrBud.

W braku odmiennego postanowienia umowy zamawiający obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia (art. 654 k.c.). Art. 654 k.c. określa obowiązek przyjmowania wykonanych częściowo robót - odbiorów częściowych. Obowiązek dokonywania odbiorów częściowych jest *naturalium negotii* umowy o roboty budowlane. Z obowiązkiem zamawiającego do dokonywania odbiorów częściowych skorelowane jest uprawnienie wykonawcy do żądania przyjęcia wykonanych częściowo robót. Inwestor ma możliwość odmowy przyjęcia odbioru częściowego, ze względu na swój uzasadniony interes tylko wtedy, gdy zastosowanie art. 654 K.c. zostało wyłączone w umowie. W takiej bowiem sytuacji w braku odmiennego postanowienia umownego zastosowanie będzie mieć norma ogólna wynikająca z art. 450 K.c. Roszczenie wykonawcy o dokonanie odbioru częściowego powstaje z chwilą ukończenia części robót budowlanych.

Zgodnie z art. 654 k.c. wskutek dokonania odbioru częściowego przez inwestora (zamawiającego) wymagalne staje się roszczenie wykonawcy o zapłatę odpowiedniej części wynagrodzenia. Odbiór częściowy nie wywołuje żadnych innych skutków prawnych, chyba że zostaną one określone w umowie o roboty budowlane.

Wskazany w art. 654 k.c. skutek odbioru częściowego w postaci wymagalności odpowiedniej części wynagrodzenia powstaje niezależnie od sposobu określenia wysokości wynagrodzenia, a w szczególności niezależnie od tego, czy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, czy kosztorysowy. W przypadku gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy określenie jego odpowiedniej części, która staje się wymagalna wskutek odbioru częściowego, może nastręczać trudności, strony powinny wskazać w umowie o roboty budowlane, jaka część wynagrodzenia staje się wymagalna wskutek dokonania kolejnych odbiorów częściowych.

Jeżeli inwestor bez uzasadnionego powodu odmawia dokonania odbioru częściowego dopuszcza się zwłoki.

Uzasadnionym powodem stanowiącym podstawę do odmowy dokonania odbioru częściowego mogą być w szczególności wady wykonanych robót budowlanych lub wykonanie ich w sposób sprzeczny z umową.

Poglądy orzecznicze i komentatorskie wskazują, że

wykonanie umowy o roboty budowlane poprzez zaofiarowanie zamawiającemu jej przedmiotu ma miejsce wtedy, gdy nastąpiło wykonanie robót określonych w umowie w takim kształcie, iż spełnia ono cechy zamówienia, co oznacza taką postać, ilość i jakość, że może ono zostać wykorzystane do celów, które przyświecały zamawiającemu (inwestorowi). Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Jedynie w sytuacji, gdy przedmiot umowy będzie mógł być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania istnieją podstawy do odmowy odbioru. Brak jest podstaw do utożsamiania sytuacji, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją, gdy są one dotknięte wadami, w tym nieistotnymi. Podstawową przesłanką odpowiedzialności wykonawcy budowlanego z tytułu rękojmi jest istnienie wady (art. 556 k.c.). Wykonawca może przy tym niewątpliwie wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r., I ACa 1577/14).



Aktualność polisy OC

Kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (KND/141/21/DKZP)

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisami SWZ wykonawca, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zobligowany był wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 mln zł na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia.

W Dziale X pkt 1 SWZ Zamawiający wskazał, że wymaga złożenia do oferty oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie jak we wzorze oświadczenia Wykonawcy, który stanowił załącznik nr 2 do SWZ. Zamawiający zaznaczył przy tym, że informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto w Dziale X pkt 2 SWZ zamieszczono informację, że Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia za pośrednictwem platformy zakupowej, w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień składania podmiotowych środków dowodowych m. in. oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj.: 2.3.1. Dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania (Druk ZP-TP), do upływu terminu składania ofert, tj. do

dnia 25 maja 2021 r. złożonych zostało 7 ofert, w tym oferta Wykonawcy X.

Zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 7 czerwca 2021 r. wezwał Wykonawcę X do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w SWZ, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym: dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

Wymagane dokumenty należało złożyć w terminie do dnia 14 czerwca 2021 r.

Należy zaznaczyć, że Wykonawca X złożył wraz z ofertą oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 2 do SWZ), w którym wyraźnie wskazał, co następuje:

II. 1) Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w dziale IX pkt 1 ppkt 1) i 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej SWZ. (...) II.3 Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

Zgodnie z kopią przekazanej dokumentacji, Wykonawca X w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 14 czerwca 2021 r. przesłał Polisę OC nr (...), w której UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna potwierdziło zawarcie umowy ubezpieczenia (...) na okres 8.10.2020 - 7.10.2021. Jako Ubezpieczony/Ubezpieczający została wskazana spółka X. Suma gwarancyjna wynikająca z ww. polisy opiewała na kwotę 2 500 000 zł.

Równocześnie Wykonawca X przekazał aneks nr 1 do polisy nr (...) z dnia 9 czerwca 2021 r., który wprowadził do umowy ubezpieczenia, potwierdzonej powyższą polisą następujące zmiany:

Było:

ZAKRES UBEZPIECZENIA

OC deliktowo-kontraktowa oraz wynikająca ze zbiegu tych podstaw

Suma gwarancyjna: 2 500 000 zł

Limit dla jednego wypadku ubezpieczeniowego:

2 500 000 zł

Składka 8 880 zł

Jest:

ZAKRES UBEZPIECZENIA

OC deliktowo-kontraktowa oraz wynikająca ze zbiegu tych podstaw

Suma gwarancyjna: 4 000 000 zł

Limit dla jednego wypadku ubezpieczeniowego:

4 000 000 zł

Składka 10 680 zł

Dopłata do polisy wynosi 1800 zł (...)

Termin płatności 16.06.2021 r.

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2021 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy X. Uzasadniając wybór najkorzystniejszej oferty w protokole postępowania Zamawiający wskazał, że:

Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jego oferta jest najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny ofert. Oferta otrzymała 60 pkt w kryterium cena, 40 pkt w kryterium gwarancja oraz łączną ilość punktów 100.

Następnie Zamawiający zawarł z ww. Wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego nr (...) w dniu 8 lipca 2021 r.

W toku kontroli doraźnej stwierdzono, że z przedłożonej wraz z aneksem polisy wynika, że Wykonawca X nie spełniał na dzień składania i otwarcia ofert warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej określonego w pkt 1 ppkt 1 działu IX SWZ, gdyż na dzień 25 maja 2021 r. Wykonawca ten był co prawda ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, jednak na kwotę niższą niż ta, która była wymagana przez Zamawiającego.

Prezes Urzędu wskazał, że Wykonawca X złożył wraz z ofertą oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp świadczące o tym, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu, po czym dopiero w dniu 9 czerwca 2021 r. zawarł aneks do polisy zwiększający kwotę ubezpieczenia do wymaganej w postępowaniu tj. do kwoty 4 000 000 zł. Powyższe podważa prawdziwość treści złożonego przez ww. Wykonawcę oświadczenia, stanowiącego tymczasowy dowód zastępujący wymagany przez zamawiającego podmiotowy środek dowodowy.

W tym kontekście zauważono, że analizując powyższe należałoby się zastanowić jaki sens miałyby składanie oświadczeń przez Wykonawców w drodze art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, które nie miałyby pokrycia w rzeczywistości.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że wynikająca z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, „aktualność” podmiotowych środków dowodowych oznacza, aby podmiotowe środki dowodowe były aktualne na dzień ich złożenia. Nie należy jednak interpretować tego przepisu zbyt zawężająco, jak czyni to Zamawiający (bez uwzględnienia pozostałych regulacji zawartych w ustawie Pzp). Owszem, podmiotowy środek dowodowy ma potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień jego złożenia, ale mimochodem potwierdzać ma również, że stan ten trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania, od upływu terminu składania ofert.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że Wykonawca na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawiając podmiotowy środek dowodowy, powinien potwierdzić, że w dalszym ciągu spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci ubezpieczenia

od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 000 000 PLN, a nie wskazywać, że dopiero po upływie terminu składania ofert poczynił starania, aby ten warunek spełnić.

W tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym sprawy Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający miał podstawy do tego, aby dokonać odrzucenia oferty Wykonawcy X, który nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej wymagany na gruncie kontrolowanego postępowania, a mimo to zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując, w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy X do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b)

ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy X, który nie spełniał ww. warunku udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu Wykonawcy zamówienia publicznego.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik kontrolowanego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zastrzeżenia od wyniku kontroli w przedmiotowej sprawie, w uchwale z dnia 28 czerwca 2022 r., KIO/KD 17/22 nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego.

„KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. Aktualność dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia w świetle kontroli Prezesa UZP. KND/141/21/DKZP”

Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2022, s. 39-42



Znaczenie winy wykonawcy w zatrzymaniu wadium



Odwołujący przedstawił gwarancję wadialną nr (...) z dnia 17 marca 2015 r., wystawioną przez Bank (...). W pkt 6 in fine Gwarancji wadialnej umieszczono przesłankę zatrzymania wadium w brzmieniu: „Ponadto Wykonawca traci wadium, jeżeli w odpowiedzi ma wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy; pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt

3 Pzp2004, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę, jako najkorzystniejszej, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”. W treści przedmiotowej gwarancji bankowej wskazano, iż „jest ona ważna w okresie od dnia 17 marca 2015 r. do dnia 1 czerwca 2015 r. włącznie i zabezpiecza w tym okresie prawidłowo zgłoszone do zapłaty zobowiązania Zleceniodawcy, wymienione w ust. 4 i 6 niniejszej gwarancji, wobec Beneficjenta”.

Odwołujący złożył gwarancję wadialną nr (...) z dnia 21 maja 2015 r., wystawioną przez Bank (...) na przedłużony okres związania ofertą, w której zosta-

to wyeliminowane określenie: „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

Pismami z dnia 7 maja 2015 r. zamawiający powiadomił odwołującego o wykluczeniu z postępowania, odrzuceniu oferty oraz o unieważnieniu postępowania na część 2,4 i 8 zamówienia.

W uzasadnieniu podano:

„Do oferty złożonej przez Wykonawcę, tj. P. K. Sp. z o.o. został dołączony oryginał gwarancji nr (...) dla postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na zakup środków ochrony indywidualnej, higieny osobistej, odzieży i obuwia roboczego dla pracowników Spółki (...) S.A. (zamówienie podzielone na 9 części) - część nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7,8,9, w postępowaniu nr (...) wystawionej w dniu 17 marca 2015 r. przez Bank (...).

Z treści ww. dokumentu wynika m.in., iż Bank (...) udziela bezwarunkowo i nieodwołalnie gwarancji zapłaty kwoty w wysokości do 65.400,00 złotych Operatorowi (...) S.A. (zwanego „Beneficjentem”), tytułem zabezpieczenia zobowiązań Wykonawcy, tj. P. K. Sp. z o.o. (zwanego „Zleceniodawcą”), wynikających ze złożenia oferty w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto w treści przedmiotowej gwarancji bankowej wskazano, iż „jest ona ważna w okresie od dnia 17 marca 2015 r. do dnia 1 czerwca 2015 r. włącznie i zabezpiecza w tym okresie prawidłowo zgłoszone do zapłaty zobowiązania Zleceniodawcy, wymienione w ust. 4 i 6 niniejszej gwarancji, wobec Beneficjenta”.

Jednocześnie w treści ww. dokumentu podano, iż „Bank zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną na pierwsze żądanie Beneficjenta zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie wywiązał się z obowiązków powodujących utratę wadium, o których mowa w ust. 6 gwarancji, ze wskazaniem niewykonanego obowiązku”.

Z informacji zawartych w ust. 6 gwarancji wynika, iż „Zleceniodawca (Wykonawca, którego oferta została wybrana traci wadium, jeżeli:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub;

- 2) nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub,
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Ponadto Wykonawca traci wadium jeżeli, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę, jako najkorzystniejszej, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie (podkreślenie - Zamawiający”).

W tym miejscu Zamawiający podkreśla, iż wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp2004 (Rozdział XI ust. 8 SIWZ). Zgodnie natomiast z treścią art. 46 ust. 4a Pzp2004 Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Po dokonaniu analizy treści wniesionej przez Wykonawcę, tj. P. K. Sp. z o.o. gwarancji nr 3/GW/2015/1 w postępowaniu (...), Zamawiający stwierdził, iż przedłożona wraz z ofertą ww. Wykonawcy gwarancja bankowa jest niezgodna z brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy. W ww. gwaran-

cji zostało wskazane, że Beneficjent (Zamawiający) będzie mógł żądać nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie zapłaty w sytuacji, gdy Wykonawca, „w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004”), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę, jako najkorzystniejszej, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

W tym miejscu Zamawiający podnosi, że w treści ww. zapisu gwarancji bankowej, wymieniającego przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp2004, na końcu dodano zwrot: (...)” chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

Zamawiający pragnie zauważyć, iż treść ww. postanowienia gwarancji bankowej nie znajduje potwierdzenia w dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp2004.

Zamawiający nadmienia jednocześnie, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 4 lutego 2015 r., tj. po nowelizacji ustawy, która weszła w życie w dniu 19 października 2014 r. na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (poz. 1232).

W związku z powyższym Zamawiający pragnie nadmienić, iż zwrot „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie” w ww. kształcie co prawda obowiązywał w treści art. 46 ust. 4a Pzp2004, jednakże wyłącznie do wejścia w życie ww. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 19 października 2014 r. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 46 ust. 4a Pzp2004, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1

Pzp2004, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zamawiający pragnie zwrócić uwagę na fakt, iż konstrukcja znowelizowanego art. 46 ust. 4a Pzp2004 uległa zasadniczej modyfikacji, w wyniku której zwrot „Z przyczyn leżących po jego stronie”, odnosi się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004 - na co jednoznacznie wskazuje umiejscowienie tegoż zwrotu, a więc bezpośrednio po wymienieniu instytucji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004 - czyli dotyczy braku uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004, pełnomocnictw, a także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004 informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej.

Oznacza to, że ustawodawca wprowadził pojęcie „winy” do analizy instytucji wadium, bowiem obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania przez wykonawcę, który na wezwanie Zamawiającego, działającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004, do złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004, pełnomocnictw, a także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004 i informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, ich nie składa.

Celem wspomnianej nowelizacji ustawy z dnia 19 października 2014 r., a tym samym intencją ustawodawcy było założenie, że zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie” ma odnosić się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004.

W konsekwencji powyższego zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie” nie znajduje zastosowania do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004. W przeciwnym wypadku, gdyby intencją ustawodaw-

cy było, aby omawiany zwrot odnosił się także do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki, zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie” powinien pozostać na końcu art. 46 ust. 4a Pzp2004, analogicznie jak w konstrukcji przepisu art. 46 ust. 4a Pzp2004 obowiązującej do dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 19 października 2014 r. zawierającej zwrot „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

Natomiast konstrukcja postanowienia zawartego w ust. 6 omawianej gwarancji bankowej nr (...), wymieniającego przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp2004, z dodatkowym zwrotem „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”, stanowi, iż Wykonawca byłby uprawniony do kwestionowania zasadności zatrzymania wadium także w sytuacji, gdy nie wyraził zgody na poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, z uwagi na fakt, że nie wyraził tejże zgody z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Tym samym przedmiotowy zapis jest niezgodny z dyspozycją nowego brzmienia art. 46 ust. 4a Pzp2004, gdyż powyższa sytuacja nie została w nim przewidziana.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na uwadze całokształt uregulowań prawnych ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego odnoszących się do wadium. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej wadium, wskazują jedynie formy jego wnoszenia. Przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym. W zamówieniach sektorowych zamawiający może odstąpić od obowiązku żądania wadium (art. 138c ust. 1 pkt 3 Pzp2004). O obowiązku wniesienia wadium zamawiający informuje w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp2004).

Wykonawca jest zobowiązany wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp2004 nakazuje obligatoryjne wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie

wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, lub na przedłużony okres związania ofertą.

W ocenie Izby odwołujący zbyt jednostronnie postrzega cele zabezpieczania oferty wadium jako wyłącznie narzędzia do przeciwdziałania nieuczciwym zachowaniom wykonawców, w tym znikomym przetargowym, podczas gdy zasadniczym celem wadium jest gwarancja dotrzymania przez wykonawcę obowiązku zawarcia umowy na warunkach oferty - jeżeli zostanie ona wybrana. O powyższym świadczy pierwotny tekst art. 46 ust. 5 Pzp2004, że zamawiający zatrzymuje wadium (...) jeżeli wykonawca którego oferta została wybrana:

odmówił podpisania umowy (...) na warunkach określonych w ofercie;

- 1) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy;
- 2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

(...)

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za poprawną analizę przeprowadzoną przez zamawiającego, że zwrot „Z przyczyn leżących po jego stronie”, odnosi się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004 - na co jednoznacznie wskazuje jego umiejscowienie, a więc bezpośrednio po wymienieniu instytucji wezwania, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004 - czyli dotyczy wyłącznie braku uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp2004, pełnomocnictw, a także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004 i informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej. Z przytaczanej przez zamawiającego uchwały Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007 r. o sygn. akt III CZP 96/06 wynika, że „wykładnia celowościowa i systemowa nie powinny negować jednoznacznego wyniku poprawnie dokonanej wykładni językowej i prowadzić do niedopuszczalnego wykreowania mocą orzeczenia sądowego pożądanej, ale nie wyrażonej w przepisie normy prawnej.”

Powyższe nie zaprzecza twierdzeniom odwołującego, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania przez

wykonawcę, który na wezwanie zamawiającego, działającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp2004, do złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, pełnomocnictw, a także listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp2004 i informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej - ich nie składa.

Nie zawsze wykonawca jest w stanie uzupełnić tego rodzaju braki, zwłaszcza dotrzymując wymogu art. 26 ust. 3 Pzp2004, aby uzupełniany dokument potwierdzał spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Nie w każdej sytuacji możliwe jest bowiem dokonanie takich uzupełnień, i nie zależy to tylko od woli czy starań samego wezwanego wykonawcy, ale także od podmiotów trzecich: urzędów, sądów np. w zakresie zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami, składkami ZUS, zaświadczeniami o niekaralności, poświadczeniami należytego wykonania umowy itp.

Celem wspomnianej nowelizacji ustawy z dnia 19 października 2014 r., a tym samym intencją ustawodawcy było założenie, że zwrot „z przyczyn leżących po jego stronie” ma odnosić się wyłącznie do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, co wynika z brzmienia cytowanego przepisu. Odmierna sytuacja ma miejsce przy wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004. Przepis ten stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie powiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z kolei przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp2004 obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004. Jakkolwiek mogą być podejmowane próby wykorzystywania i tego przepisu do wycofywania się z przetargu dla uzgodnionego z innymi uczestnikami postępowania - ustępowania pola droższemu ofertom, to nie można pomijać istniejących odrębności.

Wspólną płaszczyzną sytuacji opisanych w art. 46 ust. 4a Pzp2004 - pozwalającą na zatrzymanie wadium jest, aby opisane działania powodowały brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Po pierwsze, wykonawca powiadomiony o dokonaniu poprawy omyłki w jego ofercie może się z tą decyzją nie zgodzić i wnieść odwołanie, wykazując, że oferta była prawidłowa i nie wymagała żadnej poprawy. Okoliczność taką w swojej argumentacji odwołujący zupełnie pominał.

Po drugie, jeżeli wykonawca nie korzysta ze środków ochrony prawnej, przyznaje tym samym zasadność poprawy.

Po trzecie, dyspozycją przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004 objęte są wyłącznie nieistotne zmiany w treści oferty, gdyż w odmiennym przypadku, oferta od razu podlegałaby odrzuceniu.

Po czwarte, chodzi o ofertę wykonawcy, zatem nawet na nieistotne zmiany musi wyrazić swą zgodę składając stosowne oświadczenie.

Po piąte, oczekiwana jest wyłącznie decyzja wykonawcy w formie jego własnego oświadczenia, a nie uzupełnianie jakichkolwiek dokumentów czy oświadczeń pierwotnie wymaganych w SIWZ. Skoro brak zgody jest suwerenną decyzją wykonawcy, nie można jej rozpatrywać w kategorii winy bądź braku winy - przy jej podjęciu. Wyłącznie uchybienie terminowi 3 dni wyznaczonemu w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp2004, mogłoby być przedmiotem oceny i ewentualnego usprawiedliwiania jego niedotrzymania, np. z uwagi na obiektywnie zaistniałe przeszkody w komunikacji z zamawiającym.

(...)

Brak wyrażenia zgody przez wykonawcę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, co powodowałoby brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej i dodatkowe obwarowanie: „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”, stanowi, iż wykonawca byłby uprawniony do kwestionowania zasadności zatrzymania wadium także w sytuacji, gdy nie wyraził zgody na poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, z uwagi na fakt, że

nie wyraził tejże zgody z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W ocenie Izby, brak wyrażenia zgody przez wykonawcę na poprawienie niezakwestionowanej innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, co powodowałoby brak możliwości wybrania tej oferty jako najkorzystniejszej - prowadzi wprost i powoduje zarazem skutek równoważny do odmowy zawarcia umowy, o czym stanowi art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp2004, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Cytowany przepis nie odnosi się do tego, czy przyczyny odmowy leżały po stronie wykonawcy. Zdarza się, że podejmowane są przez wykonawców - przy składaniu gwarancji wadialnych - próby wprowadzenia zapisów asekurujących ich przed wykorzystaniem tych gwarancji przez zamawiających. Nie jest obligatoryjnie wymagane dosłowne przytoczenie treści przepisu art. 46 ust. 4a Pzp2004, ale musi być zachowany dokładny sens tej normy, a zwłaszcza nie jest dopuszczalne wprowadzanie dodatkowych pozaustawowych ograniczeń dla zamawiającego.

(...)

Izba w pełni podziela poglądy zamawiającego, że wadium powinno spełniać swoją zasadniczą funkcję, tj. zabezpieczać możliwość jego zatrzymania we wszystkich enumeratywnie wskazanych sytuacjach, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp2004, dla zapewnienia i zabezpieczenia uprawnień zamawiającego, pod groźbą zatrzymania wadium, w przypadku zaistnienia określonych w ww. przepisie sytuacji.

Gwarancja bankowa jest bezsprzecznie zobowiązaniem abstrakcyjnym i niezależnym od stosunku podstawowego. Treść zobowiązania do zapłaty wadium (określenie okoliczności i warunków, w których to nastąpi) musi jednoznacznie wynikać z brzmienia dokumentu gwarancji wadialnej. Jakiegokolwiek odstępstwa od przypadków skutkujących zatrzymaniem wadium opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp2004 są niedopuszczalne. Bank wyraźnie zastrzegł, że udzielona gwarancja jest ważna w okresie od 17 marca 2015 r. do dnia 1 czerwca 2015 r. włącznie i zabezpiecza w tym okresie pra-

widłowo zgłoszone do zapłaty zobowiązania Zleciłodawcy wymienione w ust. 4 i 6 niniejszej gwarancji, wobec Beneficjenta. Nie jest przypadkowe zastrzeżenie, że dotyczy to wyłącznie prawidłowo zgłoszonego do zapłaty zobowiązania wykonawcy. Przesłanki ustawowe zatrzymania wadium w przedłożonej gwarancji bankowej zostały wymienione, ale jedna z nich bezpodstawnie została ograniczona. Gwarancja wadialna jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym, które ma być realizowane zgodnie z jego dosłowną treścią. Zabezpieczenie rezultatu, czyli otrzymania kwoty wadium, stanowi kluczowy sens gwarancji i następuje poprzez wskazanie dokładnych okoliczności umieszczonych w samej treści gwarancji wadialnej uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, a w tym przypadku do wystąpienia do gwaranta o zapłatę sumy wadialnej.

Z przedłożonej opinii z dnia 11 maja 2015 r. Banku (...) - wystawcy Gwarancji wadialnej wynika, że uznaje on tę Gwarancję za prawidłową ze względu na sam fakt, że jest realizowana „na pierwsze żądanie” sumy gwarancyjnej. Nie mniej w stosunku do gwarancji złożonej w ofercie z dnia 17 marca 2015 r. bank wystawcy - Bank (...) w gwarancji z dnia 21 maja 2015 r. nr (...), złożonej przez odwołującego, jako przedłużenie wadium wyeliminował pozaustawowy zwrot „chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

Przywoływane przez odwołującego orzecznictwo nie odnosi się do stanu faktycznego niniejszej sprawy, gdyż omawiana przesłanka zatrzymania wadium - w postaci braku zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004 - została wprowadzona nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie 19 października 2014 r. Niniejsze postępowanie przetargowe zostało wszczęte w lutym 2015 r. Krajowa Izba odwoławcza podzieliła stanowisko, że interesy zamawiającego polegające na możliwości skorzystania z wadium w przypadku oferty odwołującego - faktycznie nie są prawidłowo zabezpieczone.

Wyrok z dnia 2 czerwca 2015 r., KIO 1050/15

Źródło: www.uzp.gov.pl

Interpretacja art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w kontekście zakupu dostępu do zagranicznych baz danych i informacji bibliotecznej

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

Zgodnie z treścią art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn: (a) technicznych o obiektywnym charakterze, (b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów - jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Odnosnie interpretacji pojęcia „przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze”, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp wskazać należy, że omawiana przesłanka zasadniczo odnosi się do faktycznego monopolu danego wykonawcy w obszarze objętym udzielanym zamówieniem i oznacza sytuację, w której na rynku istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do wykonania zamówienia.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że motyw 50 preambuły do dyrektywy klasycznej wyraźnie określa konieczność udowodnienia prawidłowości zastosowania ww. przesłanki wskazując, że instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porównywalnych pod względem funkcjonalności robót budowlanych, dostaw i usług. Zamawiający musi zatem wykazać, że tylko i wy-

łącznie dany wykonawca jest w stanie określić zamówienie wykonać. Z tego względu niezbędne jest obiektywne i rzetelne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji w odniesieniu do określonego zamówienia istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Zakres terytorialny poszukiwań potencjalnego wykonawcy, jak wynika z motywu 50 preambuły do dyrektywy klasycznej, nie powinien być z góry zawężany terytorialnie, natomiast powinien wynikać z poszukiwań rozsądnych rozwiązań alternatywnych. Pojęcie rozsądnych rozwiązań alternatywnych skonkretyzować się może jedynie w odniesieniu do konkretnego zamówienia oraz bieżącej sytuacji rynkowej.

Sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch wykonawców mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu. Należy podkreślić, że istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia powinno wynikać z obiektywnych okoliczności, a nie własnego, subiektywnego przekonania zamawiającego. W szczególności wskazać należy, że skutecznym uzasadnieniem dla powołania się przez zamawiającego na tę przesłankę udzielenia zamówienia nie może być powołanie się przez zamawiającego na szczególne zaufanie, jakim darzy danego wykonawcę, jego doświadczenie i możliwości organizacyjne. Nie będzie także wystarczające wskazanie, że zamówienie ma szczególny, złożony charakter lub długi czas realizacji. Zatem wybór wykonawcy w trybie z wolnej ręki, w oparciu o przesłankę z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uzależniony jest od szcze-

gólnego charakteru danego zamówienia, czyli jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać to zamówienie.

Odnosnie interpretacji pojęcia „przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów”, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp wskazać należy, że przesłanka ta odwołuje się przede wszystkim do ochrony przewidzianej w przepisach ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz Prawa własności przemysłowej, a więc dotyczy głównie zamówień obejmujących utwory lub inne przedmioty zawierające oryginalne rozwiązania intelektualne. Prawo wyłączne oznacza jednak nie tylko prawo autorskie bądź patent, ale również prawo własności i pochodne od niego prawa względne, ograniczone prawa rzeczowe i inne wyłączne prawa.

Mając na uwadze powyższe, odnosząc się do oceny możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na zasadzie art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na zakup dostępu do zagranicznych baz danych i informacji bibliotecznej wskazać należy, że nie jest możliwe udzielenie jednoznacznej odpowiedzi, która będzie prawdziwa i adekwatna w

każdym stanie faktycznym i co do każdej bazy tego typu. Zamawiający zawsze powinien przeanalizować konkretny stan faktyczny i ocenić go pod kątem zaistnienia przesłanek udzielenia zamówienia, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W celu dokonania powyższej oceny niezbędne jest ustalenie cech charakterystycznych danej bazy danych lub informacji bibliotecznej i wykonanie rozeznania co do oferty rynkowej, co umożliwi ustalenie, czy obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia w świetle przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie ze wskazówkami interpretacyjnymi wskazanymi powyżej. Jeżeli w wyniku powyższego ustalone zostanie, że uzasadnione potrzeby zamawiającego spełnia tylko określona baza danych lub informacja biblioteczna, którą może dostarczyć tylko jeden wykonawca, to zasadne może być skorzystanie z art. 214 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

„Interpretacja art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w kontekście zakupu dostępu do zagranicznych baz danych i informacji bibliotecznej”

Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2022, s. 31-33



Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp¹, przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe, chyba że są one objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, oraz spełnione są łącznie następujące warunki: (a) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności, (b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający.

Z przepisu art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynika ogólna zasada, że ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe.

Chyba, że (jest to wyjątek od ww. zasady): usługi badawcze lub rozwojowe objęte są kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, tzn: (badawcze i eksperymentalno-rozwojowe oraz pokrewne usługi doradcze (kod CPV 73000000-2); badawcze i eksperymentalno-rozwojowe (kod CPV 73100000-3); badawcze (kod CPV 73110000-6); laboratoryjne usługi badawcze (kod CPV 73111000-3); badań morskich (kod CPV 73112000-0); eksperymentalno-rozwojowe (kod CPV 73120000-9); projekt i realizacja badań oraz rozwój (kod CPV 73300000-5); studium przedwykonalności i demonstracja technologiczna (kod CPV 73420000-2); testy i ocena (kod CPV 73430000-5) oraz są spełnione łącznie następujące warunki: (a) korzyści z tych usług

przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności, (b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający.

Mając na względzie brzmienie przepisu art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przeprowadzając analizę, czy w danym stanie faktycznym do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe będzie miała zastosowanie ustawa Pzp, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy dana usługa badawcza lub rozwojowa objęta jest kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5.

W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie dotyczące zakwalifikowania danej usługi do wskazanych wyżej kodów CPV, należy przejść do dalszego etapu analizy i zbadania danego stanu faktycznego pod kątem ustalenia, czy: (a) korzyści z analizowanych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności oraz (b) czy całość wynagrodzenia za świadczoną (analizowaną) usługę będzie wypłacana przez zamawiającego.

W przypadku pozytywnej odpowiedzi na oba pytania z punktu (a) i (b), uznać należy, że ustawa Pzp będzie miała zastosowanie.

A contrario - pozytywna odpowiedź na tylko jedno z pytań z punktu: (a), (b) oznacza, że ustawa Pzp nie będzie miała w danym przypadku zastosowania, ponieważ przepis art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga łącznego spełnienia przesłanek wskazanych w lit. a) i b) tego przepisu. Opłacenie całości wynagrodzenia za świadczoną usługę przez za-

mawiającego należy rozumieć w ten sposób, że jest to sytuacja, w której zobowiązanym do zapłaty całości wynagrodzenia jest zamawiający. Dla stwierdzenia, że całość wynagrodzenia jest wypłacana przez zamawiającego nie ma znaczenia skąd pochodzą te środki, tj. czy wypłacane środki pochodzą w całości lub w części z dofinansowania ze środków Unii Europejskiej lub z budżetu państwa albo z zaciągniętych przez zamawiającego kredytów lub pożyczek.

O sytuacji, że korzyści z usług badawczych lub rozwojowych przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności można mówić wtedy, gdy zamawiający zastrzeże je do użytku własnego (tj. będą służyć wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności). Ocena, czy istotnie korzyści z usług badawczych lub rozwojowych będą przypadają wyłącznie zamawiają-

cemu, zależy od okoliczności faktycznych danej sprawy (tzn. w celu dokonania oceny w omawianym zakresie należy zbadać stan faktyczny każdej sprawy indywidualnie), w szczególności nie srowadza się to tylko do publikacji lub braku publikacji wyników badań.

„Opinie Prezesa UZP dotyczące zagadnień związanych z zamówieniami organizowanymi przez szkoły wyższe”

Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2022, s. 23-24



Interpretacja art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp z związku z art. 469 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

Podmioty posiadające na gruncie ustawy Pzp status zamawiającego, zobowiązane są stosować przepisy ustawy Pzp przy wyborze kontrahenta, z którym zawierają umowę w sprawie zamówienia publicznego. Powyższy obowiązek zostaje, jednakże wyłączony m.in. w przypadkach określonych w Rozdziale 1, Oddziale 2 ustawy Pzp pt. „Wyłączenia stosowania przepisów ustawy”. Stosownie do art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. W świetle ww. przepisu, zamawiający może skorzystać z wyłączenia stosowania przepisów w odniesieniu do różnego rodzaju dostaw lub usług pod warunkiem jednak, iż zamówienia te charakteryzować się będą wszystkimi przesłankami, określonymi w przywołanym przepisie.

Należy podkreślić, że ww. zasady udzielania zamówień na dostawy lub usługi służące do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju będą miały zastosowanie jedynie w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Ww. wyłą-

czenie nie będzie zatem miało zastosowania do zamówień o wartość równej lub przekraczającej progi unijne.

Jednocześnie zgodnie z art. 469 PSWiN w przypadku udzielania zamówień, o których mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 tej ustawy, podmiot, o którym mowa w art. 4, art. 5 ust. 1 i art. 6 tej ustawy, do którego stosuje się przepisy niniejszej ustawy:

- 1) zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w BIP na jego stronie podmiotowej;
- 2) działa w sposób zapewniający przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie;
- 3) nie udostępnia informacji związanych z zamówieniem stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli podmiot zainteresowany wykonaniem zamówienia, nie później niż przed zawarciem umowy o wykonanie tego zamówienia, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane;
- 4) zamieszcza niezwłocznie w BIP na jego stronie podmiotowej informację o udzie-

leniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę o wykonanie zamówienia, albo informację o nieudzieleniu tego zamówienia.

W wyniku analizy przywołanego wyżej przepisu uznać należy, że wskazuje on wymogi, jakie muszą być spełnione przy udzielaniu zamówień, o których mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość tych zamówień jest równa lub przekracza progi unijne. Nie oznacza to jednak, że przepis ten stanowi o wyłączeniu stosowania ustawy Pzp do tego typu zamówień. Brak jest w ustawie Pzp, jak i w PNISW przepisów, które wyłączałyby stosowanie ustawy Pzp i wprowadzałyby alternatywną procedurę udzielania zamówień, o których mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza progi unijne.

Należy zatem wskazać, że omawiany przepis wprowadza jedynie dodatkowe warunki, jakie musi

spełniać postępowanie o udzielenie tego typu zamówień, nie wyłączając jednocześnie stosowania ustawy Pzp.

Reasumując powyższe należy wskazać, że udzielając zamówienia, o którym mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający nie jest zwolniony ze stosowania ustawy Pzp na mocy art. 469 PNISW. Z przepisu tego wynika natomiast obowiązek zamawiającego w zakresie uwzględnienia przy udzielaniu tego typu zamówień dodatkowych wymogów, określonych w art. 469 PNISW.

„Interpretacja art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp z związku z art. 469 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce”

Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2022, s. 33-35



Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej (tzn. produkcji dużej ilości identycznych wyrobów w sposób ciągły) służącej osiągnięciu rentowności rynkowej (tzn. generowaniu zysku poprzez produkcję) lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Ustawa Pzp nie zawiera własnej definicji pojęć: „prace badawcze”, „prace eksperymentalne”, „prace naukowe” i „prace rozwojowe”, dlatego w celu określenia ich znaczenia należy posiłkować się definicjami legalnymi tych pojęć, zawartymi w innych aktach prawnych.

W pojęcie usług badawczych i rozwojowych z dyrektyw wpisują się definicje badań naukowych i prac rozwojowych z ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (tj. z 2022 r. poz. 574 ze zm., dalej jako: „PSWiN”), co oznacza, że definicje te należy odnosić również do pojęć „usługi badawcze” i „usługi rozwojowe”, którymi posługuje się ustawa Pzp, jako usług świadczonych w zakresie badań naukowych oraz usług w zakresie prac rozwojowych.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 PSWiN, badania naukowe są działalnością obejmującą: (1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie

zastosowanie komercyjne, (2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 3 PSWiN, prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń. Pomocniczo, przy definiowaniu pojęć: „prace badawcze” i „prace rozwojowe” przydatne jest odwołanie się do definicji prac badawczych i rozwojowych ujętych w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości. Zgodnie z definicją prac badawczych, którą posłużono się w Międzynarodowym Standardzie Rachunkowości MSR 38 Wartości niematerialne, prace badawcze są nowatorskim i zaplanowanym poszukiwaniem rozwiązań podjętym z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej (paragraf 8 MSR 38).

Do przykładów prac badawczych zalicza się: (1) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy, (2) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju, (3) poszukiwanie alter-

natywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów

lub usług oraz (4) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 56 MSR 38).

Zgodnie z definicją przyjętą w paragrafie 8 MSR 38, prace rozwojowe są praktycznym zastosowaniem odkryć badawczych lub też osiągnięć innej wiedzy w planowaniu lub projektowaniu produkcji nowych lub znacznie udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów technologicznych, systemów lub usług, które ma miejsce przed rozpoczęciem produkcji seryjnej lub zastosowaniem. Do prac rozwojowych zalicza się: (1) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania), (2) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii, (3) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż oraz (4) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 59 MSR 38).

W prawie europejskim występuje definicja „prac eksperymentalnych” w ramach definicji pojęcia „eksperymentalne prace rozwojowe”. Zgodnie z rozporządzeniem Komisji Europejskiej nr 651/2014 eksperymentalne prace rozwojowe oznaczają zdobywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i biznesu oraz innej stosowanej wiedzy i umiejętności w celu opracowywania nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług. Mogą one także obejmować na przykład czynności mające na celu pojęciowe definiowanie, planowanie oraz dokumentowanie nowych produktów, procesów i usług. Eksperymentalne prace rozwojowe mogą obejmować opracowanie prototypów, demonstracje, opracowanie projektów pilotażowych, testowanie

i walidację nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług w otoczeniu stanowiącym

model warunków rzeczywistego funkcjonowania, których głównym celem jest dalsze udoskonalenie techniczne produktów, procesów lub usług, których ostateczny kształt zasadniczo nie jest jeszcze określony. Mogą obejmować opracowanie prototypów i projektów pilotażowych, które można wykorzystać do celów komercyjnych, w przypadku, gdy prototyp lub projekt pilotażowy z konieczności jest produktem końcowym do wykorzystania do celów komercyjnych, a jego produkcja jest zbyt kosztowna, aby służył on jedynie do demonstracji i walidacji.

Eksperymentalne prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do istniejących produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, usług oraz innych operacji w toku, nawet jeśli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp określone w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp jest szersze niż wyłączenie z art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, które dotyczy tylko usług (bez względu na ich wartość). Przedmiotem wyłączenia z art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp jest zaś dostawa lub usługa służąca wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, co oznacza, że sam zakup (urządzeń, produktów, praw itp.), jak i świadczenie usług nie może służyć innemu celowi ani też nie może być przeznaczone jednocześnie dla celu wymienionego w wyłączeniu, jak i innego celu. Wskazać przy tym należy, że wyłączność, o której mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp w odniesieniu do dostaw należy rozumieć w ten sposób, że zakup musi być wykorzystywany w celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, jednak nie ma przeszkód, żeby po wykorzystaniu do tego celu, był użytkowany także do innych celów zamawiającego (np. urządzenie zakupione na potrzeby danego projektu badawczego, po zakończeniu projektu może być dalej wykorzystywane np. do kształcenia studentów, wykonywania innych badań, w bieżącej działalności uczelni itp.).

„Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp z art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp; pojęcia: prace badawcze, eksperymentalne, naukowe, rozwojowe”

Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2022, s. 24-27

Zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem jest zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych.

Przepis art. 11 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi implementację do krajowego porządku prawnego przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm.). Stosownie do treści art. 10 lit. b) tej dyrektywy, jej przepisy nie znajdują zastosowania m.in. do zamówień na czas antenowy lub dostarczanie audycji dostawcom audiowizualnych lub radio-

wych usług medialnych.

Przepis ten, oprócz ww. wyłączenia, w zakresie definicji „audiowizualnych usług medialnych” oraz „dostawców usług medialnych” odsyła do treści dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (Dz.U. L 95 z 15.4.2010, s. 1), zwanej dalej „dyrektywą medialną”.

Postanowienia dyrektywy medialnej implementowane zostały do ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1722), zwanej dalej „ustawą o radiofonii i telewizji”, zatem



w tej ustawie należy poszukiwać znaczenia pojęć użytych w przepisie art. 11 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. „Usługa medialna” została zdefiniowana w art. 4 pkt 1 ustawy o radiofonii i telewizji jako usługa w postaci programu albo audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi jej dostawca i której podstawowym celem lub podstawowym celem jej dającej się oddzielić części jest dostarczanie przez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych; usługą medialną jest także przekaz handlowy.

Z kolei „audiowizualną usługą medialną na żądanie” jest usługa medialna świadczona w ramach prowadzonej w tym zakresie działalności gospodarczej, polegająca na publicznym udostępnianiu audycji audiowizualnych na podstawie katalogu ustalonego przez podmiot dostarczający usługę (art. 4 pkt 6a ustawy o radiofonii i telewizji).

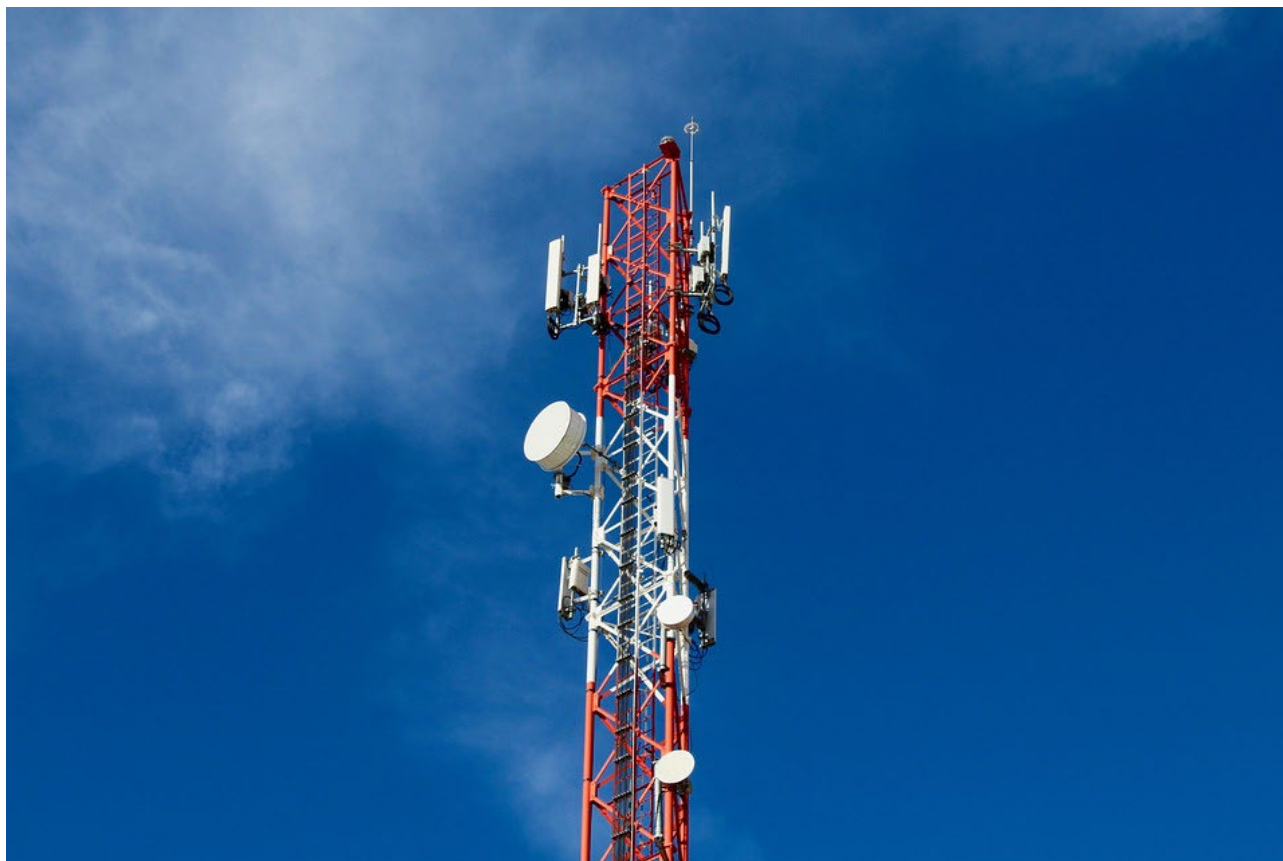
Natomiast „dostawca usługi medialnej” to osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydująca o sposobie zestawienia tej treści, będąca nadawcą lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę

medialną na żądanie (art. 4 pkt 4 ustawy o radiofonii i telewizji). „Nadawcą” jest osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa, która tworzy i zestawia program oraz rozpowszechnia go lub przekazuje innym osobom w celu rozpowszechniania (art. 4 pkt 5 ustawy o radiofonii i telewizji).

Mając na uwadze treść powyższych przepisów, uznać można, że zamówienie, którego przedmiotem jest zakup czasu antenowego lub audycji nie jest objęte zakresem stosowania przepisów ustawy Pzp, gdy udzielane jest dostawcy audiowizualnych usług medialnych. Ponieważ dostawcą takim może być również podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną na żądanie, wydaje się, że istnieje możliwość zastosowania omawianego wyłączenia również w przypadku zakupu czasu antenowego lub audycji na platformach streamingowych (na żądanie).

„Zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych”

Źródło: Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2022, s. 28-29



Podstawy zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w związku z przepisami ograniczającymi wysokość cen energii elektrycznej

Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych

W dniu 3 listopada 2022 r. ogłoszona została ustawa z dnia 27 października 2022 r. o środkach nadzwyczajnych mających na celu ograniczenie wysokości cen energii elektrycznej oraz wsparciu niektórych odbiorców w 2023 roku (Dz. U. poz. 2243), dalej jako: „ustawa”, która weszła w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia, tj. 4 listopada 2022 r. i określa, między innymi, cenę maksymalną sprzedaży energii elektrycznej stosowaną w rozliczeniach z odbiorcami uprawnionymi (art. 1 pkt 1 ustawy).

Z uwagi na zakres regulacji, przedmiotowa ustawa może mieć wpływ na realizację zawartych umów sprzedaży energii elektrycznej lub umów kompleksowych w rozumieniu odpowiednio art. 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2022 r. poz. 1385, ze zm.), co może powodować konieczność zmian zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego w odniesieniu do wysokości cen energii elektrycznej. Poniżej przedstawiono wyjaśnienia dotyczące możliwych podstaw prawnych dokonania zmian zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego, obejmujących sprzedaż energii elektrycznej. Mając na względzie przedmiot niniejszej opinii, analizą objęto te przepisy ustawy, które z uwagi na podmiot zawierający umowę, mogą wią-

zać się z problematyką podstaw prawnych zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

I. Cena maksymalna i odbiorca uprawniony.

Zgodnie z art. 1 pkt 1 ustawy, ustawa ta określa cenę maksymalną sprzedaży energii elektrycznej stosowaną w rozliczeniach z odbiorcami uprawnionymi.

Pojęcie „odbiorcy uprawnionego” zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 2 ustawy, poprzez enumeratywne wymienienie podmiotów. Wśród odbiorców uprawnionych znajdują się między innymi podmioty, które są zamawiającymi w świetle przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”.

Dla odbiorców uprawnionych, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e ustawy, ceną maksymalną, zgodnie z art. 2 pkt 1 lit. b ustawy, jest cena energii elektrycznej wynosząca - 785 zł/MWh. Cena ta nie zawiera podatku VAT oraz podatku akcyzowego.

W świetle art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy, przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną zobowiązane jest stosować cenę maksymalną w rozliczeniach z odbiorcami uprawnionymi, o któ-

rych mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e, w okresie od dnia 1 grudnia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2023 r.

Ponadto, z art. 3 ust. 2 ustawy wynika, że w przypadku odbiorców uprawnionych, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e:

- 1) którzy po dniu 23 lutego 2022 r. zawarli umowę sprzedaży energii elektrycznej albo umowę kompleksową, lub 2) którzy po dniu 23 lutego 2022 r. dokonali zmiany warunków umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w zakresie ceny energii elektrycznej zawartej z podmiotem uprawnionym przed tym dniem, lub
 - 2) których umowy sprzedaży energii elektrycznej albo umowy kompleksowe, przewidują określanie ceny energii elektrycznej na podstawie wyboru przez odbiorcę końcowego terminu zakupu energii elektrycznej na giełdzie towarowej w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych
- cenę maksymalną stosuje się również do rozliczeń z tymi odbiorcami obejmujących okres od dnia zawarcia przez nich tej umowy lub wejścia w życie tej zmiany lub określenia ceny do dnia 30 listopada 2022 r.

Stosownie natomiast do art. 3 ust. 3 ustawy, podmiot uprawniony, który po dniu 23 lutego 2022 r. zawarł z odbiorcami uprawnionymi, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e, umowę sprzedaży energii elektrycznej, albo umowę kompleksową w zakresie dostawy energii elektrycznej do dnia poprzedzającego dzień wejścia w życie ustawy, dokonuje z tymi odbiorcami rozliczeń wynikających ze stosowania ceny maksymalnej proporcjonalnie, w miesięcznych ratach, w okresie do dnia 31 grudnia 2023 r.

Natomiast, jak stanowi art. 3 ust. 4 ustawy, jeżeli w umowie sprzedaży energii elektrycznej albo umowie kompleksowej zawartej między podmiotem uprawnionym a odbiorcą uprawnionym jest stosowana średnia cena energii elektrycznej w danym miesiącu, niższa niż cena maksymalna, ceny określone w umowie stosuje się do dnia ustania ich obowiązywania zgodnie z zawartą umową. Średnia

cena energii elektrycznej w danym miesiącu jest średnią ceną wszystkich stref ważoną ilością energii elektrycznej w każdym miesiącu.

Zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy, cena maksymalna jest stosowana w rozliczeniach z odbiorcą uprawnionym, o którym mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e, jeżeli złoży on podmiotowi uprawnionemu oświadczenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy.

II. Cena maksymalna i odbiorca uprawniony.

Możliwe do zastosowania podstawy prawne zmiany umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej zawartej na podstawie ustawy Pzp

Z uwagi na zakres regulacji ustawy, jej wejście w życie może spowodować konieczność dokonania zmiany zawartych na podstawie ustawy Pzp umów sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej. Analizując możliwość zmiany zawartej umowy w kontekście przepisów ustawy Pzp, zwrócić należy uwagę na przepisy art. 455 ust. 1 pkt 4 i art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, które mogą znaleźć zastosowanie do zmian umowy poprzez zmianę należnego wykonawcy wynagrodzenia.

1. Art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający może wprowadzić zmiany do umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku, gdy konieczność modyfikacji umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć, jeżeli zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą umowy nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy.

Zatem dla oceny dopuszczalności dokonania zmiany umowy na skutek zmian cen energii elektrycznej wprowadzonych ustawą, kluczowe jest ustalenie zaistnienia przesłanki braku możliwości przewidzenia przez zamawiającego, działającego z należytą starannością, na etapie przygotowania postępowania, okoliczności skutkujących koniecznością zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

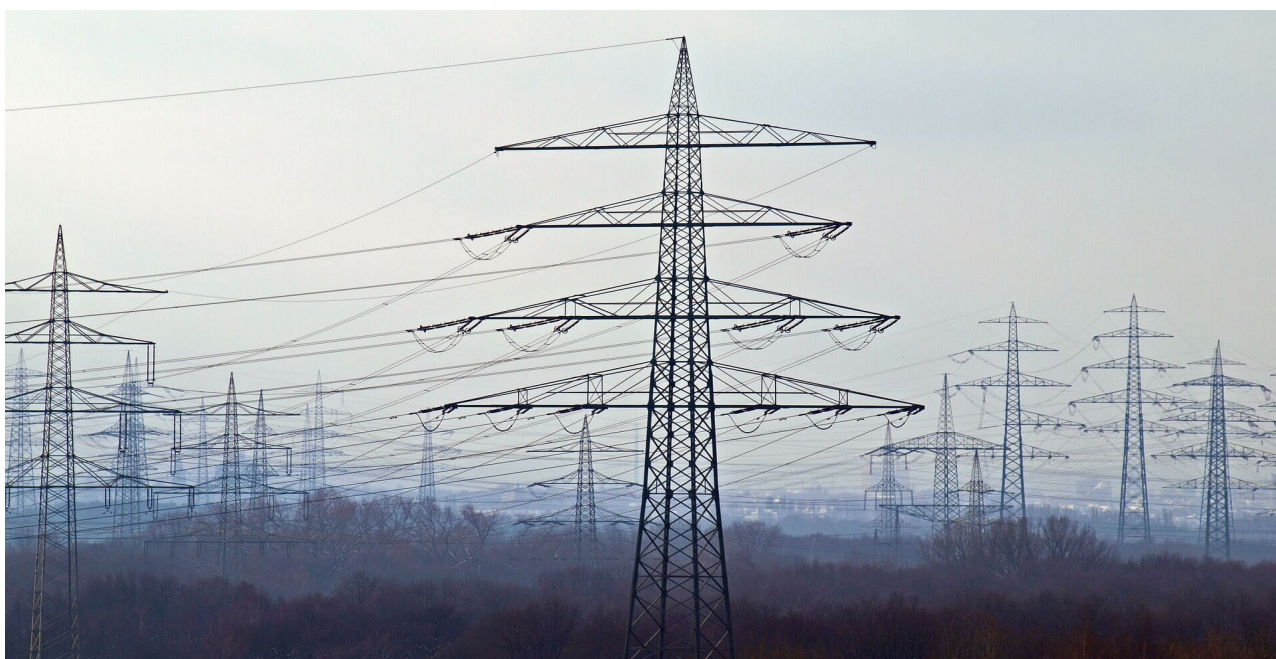
W tym kontekście należy wskazać, że przez nie-
możność przewidzenia okoliczności skutkujących
potrzebą dokonywania zmian umowy, należy ro-
zumieć zdarzenie, którego zaistnienie w normal-
nym toku rzeczy było mało prawdopodobne. Przy-
czym, nieemożność przewidzenia określonych zda-
rzeń przez zamawiającego powinna być określona
w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno pro-
wadzić do wniosku, że zamawiający, przygotowu-
jąc się do wszczęcia postępowania o udzielenie
zamówienia przeanalizował swoje potrzeby w za-
kresie przedmiotu świadczenia, jego zakresu oraz
warunków realizacji.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanego
zagadnienia, za uzasadniony należy uznać wnio-
sek, że zamawiający, udzielający zamówienia pu-
blicznego na zakup energii elektrycznej lub na za-
warcie umowy kompleksowej, przed dniem wejścia
w życie ustawy nie mieli możliwości przewidzenia,
że maksymalna cena sprzedaży energii elektrycz-
nej dla określonych podmiotów zostanie uregulo-
wana w drodze ustawy i na jakim poziomie cena ta
zostanie ustalona. W konsekwencji, ustalenie, na
mocy ustawy, cen na poziomie maksymalnym za
energię elektryczną, może zostać zakwalifikowane
jako okoliczność nagła, nieprzewidywalna i nieza-
leżna od zamawiającego, której nawet przy za-
chowaniu należytej staranności, nie mógł przewi-
dzieć na etapie przygotowania postępowania o
udzielenie zamówienia publicznego.

Przypomnieć jednak należy, że zaistnienie okolicz-
ności, których zamawiający nie mógł przewidzieć,

w świetle art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie sta-
nowi samoistnej przesłanki zmiany umowy. Nie-
zbędnym warunkiem zmiany umowy jest również
ustalenie, że zaistnienie określonego zdarzenia
powoduje konieczność zmiany umowy w sprawie
zamówienia publicznego.

Nieprzewidziane okoliczności, o których mowa w
art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp muszą wywoływać
konieczność zmiany umowy w określonym zakre-
sie w taki sposób, że strony umowy nie mają do-
wolności w podejmowaniu decyzji o jej wprowa-
dzeniu. Taki właśnie charakter mają te normy
prawne określone w ustawie, z których wynika
obowiązek stosowania ceny maksymalnej w rozli-
czeniach z odbiorcami uprawnionymi. Może to
skutkować koniecznością modyfikacji warunków
umów dotyczących sprzedaży energii elektrycznej
lub umów kompleksowych. W świetle ustawy wy-
konawcy są zobowiązani do zmiany cen energii
elektrycznej na cenę nie wyższą niż wskazana w
art. 2 pkt 1 lit. b, w przypadku odbiorców uprawn-
ionych, o których mowa w art. 2 pkt 2 lit. b–e
ustawy (cena maksymalna). Należy zatem uznać,
że powyższe wypełnia dyspozycję art. 455 ust. 1
pkt 4 ustawy Pzp w zakresie przesłanki konieczno-
ści dokonania zmian umowy. W tym kontekście
wskazać należy, że zmiana umowy w sprawie za-
mówienia publicznego na tej podstawie będzie
możliwa tylko w granicach wynikających z oma-
wianej ustawy o środkach nadzwyczajnych mają-
cych na celu ograniczenie wysokości cen energii
elektrycznej oraz wsparciu niektórych odbiorców w



2023 roku.

Dodatkowo podkreślić należy, że do stwierdzenia dopuszczalności zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest, aby zmiana nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy. Uznać należy, że zmiana wynikająca z omawianych przepisów ustawy nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy, dotyczy bowiem ustalenia ceny maksymalnej co może mieć wpływ na wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy.

2. Art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od omówionej wyżej przesłanki zmiany umowy (art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), nie jest wykluczone, że w zawartych umowach w sprawie zamówienia publicznego na sprzedaż energii elektrycznej lub w umowie kompleksowej mogą być zawarte postanowienia (bezpośrednio w treści umowy, ogólnych warunkach umowy, szczególnych warunkach umowy lub załącznikach do umowy), dające możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, że regulacja art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazuje na możliwość zmiany ceny. Tym samym, w przypadku, w którym zamawiający, realizując normę art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, sformułował klauzule przeglądowe uwzględniające możliwość zmiany ceny, powinien ocenić, czy mogą one stanowić również podstawę do zmian wynikających z przepisów ustawy.

3. Autonomiczny charakter przesłanek zmiany umowy (art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Odnosnie omówionych wyżej przesłanek zmiany umowy warto podkreślić, że brzmienie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje, iż przesłanki warunkujące dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, mają charakter autonomiczny. Oznacza to, że strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą skorzystać z uprawnienia przewidzianego dyspozycją art. 455

ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również w przypadku, w którym nie przewidziały w umowach odpowiednich postanowień w postaci klauzul przeglądowych. Skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział klauzule przeglądowe w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany. 5

III. Wnioski:

1. Zmiana ceny energii elektrycznej poprzez ustalenie w ustawie cen maksymalnych, może zostać uznana za okoliczność nieprzewidywalną i niezależną od zamawiającego, tym samym mieści się w przesłance zmiany umowy z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
2. Nie jest wykluczone, że w zawartych umowach w sprawie zamówienia publicznego na sprzedaż energii elektrycznej lub w umowie kompleksowej mogą być zawarte postanowienia (bezpośrednio w treści umowy, ogólnych warunkach umowy, szczególnych warunkach umowy lub załącznikach do umowy), dające możliwość zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.
3. Przesłanki warunkujące dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, mają charakter autonomiczny. Oznacza to, że strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą skorzystać z uprawnienia przewidzianego dyspozycją art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp również w przypadku, w którym nie przewidziały w umowie odpowiednich postanowień w postaci klauzul przeglądowych.

Źródło: www.gov.pl/web/uzp/

Nowelizacja ustawy Pzp w zakresie usług społecznych i innych szczególnych usług



W dniu 30 października 2022 r. weszła w życie ustawa z dnia 5 sierpnia 2022 r. o ekonomii społecznej (Dz.U. poz. 1812).

Ustawa o ekonomii społecznej reguluje: organizację i zasady działania przedsiębiorstwa społecznego, zasady uzyskiwania i utraty statusu przedsiębiorstwa społecznego oraz nadzór nad przedsiębiorstwem społecznym, instrumenty wsparcia przedsiębiorstwa społecznego, zasady i formy wspierania rozwoju ekonomii społecznej przez organy administracji publicznej, ochronę danych osobowych w związku z realizacją celów wynikających z ustawy.

Ustawa o ekonomii społecznej wprowadziła zmiany, które odnoszą się do udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, dla których stosuje się przepisy ustawy właściwe dla:

- 1) zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne – jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału;
- 2) zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne – jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych.

Na podstawie artykułu 77 ustawy o ekonomii społecznej w ustawie z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) w art. 361 dodaje się ust. 3 w brzmieniu:

„Zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 pkt 1-3, w szczególności zaświadczenia, o którym mowa w art. 27 ustawy z dnia 5 sierpnia 2022 r. o ekonomii społecznej (Dz. U. poz. 1812).”

Przepis art. 361 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp dotyczy przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, o których mowa w art. 359 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający zastrzega w ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, że o udzielenie zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne oraz kulturalne objęte kodami CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, od 85000000-9 do 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają łącznie następujące warunki:

- 1) celem ich działalności jest realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz społeczna i zawodowa integracja osób, o których mowa w art. 94 ustawy Pzp (art. 361 ust. 1 pkt 1);
- 2) nie działają w celu osiągnięcia zysku, przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczają zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników (art. 361 ust. 1 pkt 2);
- 3) struktura zarządzania nimi lub ich struktura własnościowa opiera się na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników, co wykonawca określa w swoim statucie (art. 361 ust. 1 pkt 3);
- 4) w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie udzielono im zamówienia

na podstawie tego przepisu przez tego samego zamawiającego.

W takim przypadku, na podstawie art. 361 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 361 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, w szczególności zaświadczenia, o którym mowa w art. 27 ustawy z dnia 5 sierpnia 2022 r. o ekonomii społecznej (Dz. U. poz. 1812).

Na podstawie art. 27 ustawy o ekonomii społecznej wojewoda:

- 1) na wniosek, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 3 dni roboczych od dnia złożenia wniosku, wydaje przedsiębiorstwu społecznemu na podstawie wykazu, o którym mowa w art. 19 ust. 1, oraz posiadanych informacji zaświadczenie o spełnianiu przez przedsiębiorstwo społeczne warunków, o których mowa w art. 361 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, albo odmawia wydania zaświadczenia w przypadku niespełniania przez przedsiębiorstwo społeczne tych warunków (art. 27 ust. 1);
- 2) na wniosek zamawiającego, o którym mowa w art. 7 pkt 31 ustawy Pzp, potwierdza w terminie określonym w art. 27 ust. 1 ustawy o ekonomii społecznej aktualność wydanego zaświadczenia.

Zgodnie natomiast z art. 19 ust. 1 i 2 ustawy o ekonomii społecznej:

- 1) minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego prowadzi elektroniczny wykaz przedsiębiorstw społecznych i udostępnia go na stronie podmiotowej urzędu go obsługującego w Biuletynie Informacji Publicznej (art. 19 ust. 1);
- 2) elektroniczny wykaz przedsiębiorstw społecznych, o którym mowa w art. 19 ust. 1, w odniesieniu do każdego przedsiębiorstwa społecznego zawiera: nazwę i formę prawną, adres siedziby i miejsce prowadzenia działalności, NIP, numer identyfikacyjny REGON i numer w Krajowym Rejestrze Sądowym, innej ewidencji lub innym rejestrze, datę uzyskania statusu przedsiębiorstwa społecznego, cel działalności,

o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy o ekonomii społecznej oraz przedmiot dominującej działalności.

Cele działalności, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy o ekonomii społecznej to reintegracja społeczna i zawodowa osób zagrożonych wykluczeniem społecznym lub realizacja usług społecznych.

Ważnym elementem ustawy o ekonomii społecznej są regulacje dotyczące statusu przedsiębiorstwa społecznego (art. 3-27 ustawy o ekonomii społecznej).

Status przedsiębiorstwa społecznego mogą posiadać podmiot ekonomii społecznej, o którym mowa w art. 2 pkt 5 lit. a oraz d–f, oraz jednostka tworząca podmiot ekonomii społecznej, prowadzące:

- 1) działalność odpłatną pożytku publicznego, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie;
- 2) działalność gospodarczą, o której mowa w art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162 i 2105 oraz z 2022 r. poz. 24, 974 i

1570);

- 3) inną działalność o charakterze odpłatnym
 - jeżeli spełniają warunki określone w ust. 2, art. 4 ust. 1 oraz art. 5-9 ustawy o ekonomii społecznej.

Status przedsiębiorstwa społecznego mogą posiadać podmiot ekonomii społecznej, o którym mowa w art. 2 pkt 5 lit. a oraz d–f ustawy o ekonomii społecznej, oraz jednostka tworząca podmiot ekonomii społecznej, jeżeli Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego, państwowa albo samorządowa osoba prawna lub osoba fizyczna nie posiadają nad podmiotem ekonomii społecznej kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z wyłączeniem spółdzielni społecznych założonych przez osoby, o których mowa w art. 4 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach społecznych.



Nowelizacja ustawy Pzp w zakresie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy i podwykonawcy



W Dzienniku Ustaw z dnia 26 października 2022 r., pod pozycją 2185 została opublikowana ustawa z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (w skrócie „ustawa2185”).

Ustawa2185 wchodzi w życie z dniem 10 listopada 2022 r., z wyjątkiem:

- 1) art. 45 pkt 1, który wchodzi w życie z dniem 26 października 2022 r., z mocą od dnia 31 grudnia 2021 r.;
- 2) art. 46, który wchodzi w życie z dniem 27 października 2022 r., z mocą od dnia 24 lutego 2022 r.;
- 3) art. 47 i art. 79 ust. 2, które wchodzi w życie z dniem 27 października 2022 r.;
- 4) art. 8 pkt 2, art. 21, art. 22 pkt 1-9, art. 28 i art. 38 pkt 6, pkt 9 lit. b i pkt 10 wchodzi w życie 27 stycznia 2023 r.;
- 5) art. 5, który wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2023 r.;

- 6) art. 22 pkt 10-12 oraz art. 62 ust. 2, które wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2024 r.

W przepisach art. 44, 48 i 49 zostały natomiast uregulowane zmiany w przepisach ustawy Pzp.

Art. 44 pkt 1 lit. a ustawy²¹⁸⁵ wprowadza zmiany w art. 439 ust. 1 oraz ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, tj. w przepisach określających zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy i podwykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Od dnia 10 listopada 2022 r. zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, musi zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zasady te zostały określone w art. 439 ust. 2 ustawy Pzp. W umowie zamawiający określa poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, a także sposób ustalania zmiany wynagrodzenia (z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia). Ponadto, zamawiający musi wskazać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Ustawa²¹⁸⁵ przewiduje obowiązek zmiany wynagrodzenia również w przypadku umów na dostawy, a nie jak dotychczas w przypadku umów na roboty budowlane lub usługi. Ponadto, Skróceniu ulegnie okres zawarcia umów, dla których zmiana wynagrodzenia na podstawie art. 439 ustawy Pzp będzie obowiązkowa. Dotychczasowy okres zawarcia umowy dłuższy niż 12 miesięcy ulegnie skróceniu do 6 miesięcy. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 439 ustawy Pzp dotyczy umów zawartych na

okres dłuższy niż 6 miesięcy. Decyduje zatem okres zawarcia umowy, a nie okres jej obowiązywania.

Art. 44 pkt 1 lit. b ustawy²¹⁸⁵ wprowadza natomiast zmiany w art. 439 ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Od dnia 10 listopada 2022 r. zgodnie z art. 439 ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z art. 439 ust. 1-3 ustawy Pzp, będzie zobowiązany do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli przedmiotem umowy będą roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz okres obowiązywania umowy będzie przekraczać 6 miesięcy.

Art. 44 pkt 2 ustawy²¹⁸⁵ doprecyzowuje jedynie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Od dnia 10 listopada 2022 r. zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dopuszczalna będzie zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, to zdarzenie, które w normalnym przebiegu wydarzeń było mało prawdopodobne do przewidzenia (zdarzenia, które nie mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego lub z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego). Nieprzewidywalność ta powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniałe okoliczności nie mogą być spowodowane brakiem należytej staranności. Do takich okoliczności należy zaliczyć zjawiska losowe, a więc zdarzenia o charakterze nieprzewidywanym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego (klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki, epidemie, pandemie, zagrożenie epidemiczne), nieprzewidywalne zmiany w przepisach prawa oraz inne zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i

społecznego. Zmiana umowy dokonana na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może mieć zastosowanie do nadzwyczajnego wzrostu cen materiałów i kosztów pracy, a więc okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo odpowiednio starannego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, z uwzględnieniem dostępnej wiedzy o możliwości wzrostu takich cen (gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów).

Okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć powinny być niezależne od jej stron. Wartość pierwotnej umowy to wartość brutto wynagrodzenia wykonawcy określona w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jeżeli umowa będzie zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości cen, dopuszczalną wartość zmiany ceny, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zama-

wiający będzie ustalać w oparciu o zmienioną cenę (zob. art. 455 ust. 4 ustawy Pzp).

Podkreślenia wymaga, że na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może zwiększyć wynagrodzenie, zmienić sposób wykonania zamówienia, zmienić miejsce dostawy lub wykonania usługi, jednakże pod warunkiem, że zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą (zmian może być wiele) nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Przepis art. 48 ustawy²¹⁸⁴ określa zakres zmian w związku z istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością.

Na podstawie art. 48 ust. 1 ustawy²¹⁸⁵ zamawiający będzie mógł dokonać zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej przed dniem 10 listopada 2022 r. i będącej jeszcze w toku w tym dniu, bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, która może polegać na:



- 1) zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy,
- 2) dodaniu postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy - w przypadku umów, które nie zawierają takich postanowień,
- 3) zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia - w przypadku umów, które zawierają takie postanowienia,
- 4) zmianie postanowień umowy dotyczących jej wykonania, w szczególności dotyczących:
 - a) zakresu świadczenia wykonawcy, z czym może wiązać się odpowiadająca jej zmiana wynagrodzenia wykonawcy lub sposobu rozliczenia tego wynagrodzenia,
 - b) terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub jej części,
 - c) sposobu wykonywania umowy.

Wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą dokonaną na podstawie art. 48 ust. 1 ustawy2185 nie będzie mógł jednak przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Ponadto warunkiem dokonania zmiany na podstawie art. 48 ust. 1 ustawy2185 będzie wykazanie, że podstawą zmiany jest istotna zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć.

Na podstawie art. 48 ust. 2 ustawy2185, w przypadku gdy zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w art. 48 ust. 1 pkt 1-3 tej ustawy2185 strony umowy w sprawie zamówienia publicznego będą ponosić zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach, a sposób zmiany wynagrodzenia będzie mógł być ustalony z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłasza-

nego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Na podstawie art. 48 ust. 3 ustawy2185, wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z art. 48 ust. 1 pkt 1-3 ustawy2185, zobowiązany będzie do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy; zasady te zamawiający będzie obowiązany stosować także do umów o podwykonawstwo zawartych przed dniem 10 listopada 2022 r. i będących w toku w dniu zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Jeżeli zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 48 ust. 1 pkt 4 ustawy2185 będzie obejmować część zamówienia publicznego powierzoną do wykonania podwykonawcy, wykonawca i podwykonawca będą uzgadniać odpowiednią zmianę łączącej ich umowy o podwykonawstwo, w taki sposób, aby warunki wykonania tej umowy przez podwykonawcę nie były mniej korzystne dla podwykonawcy niż warunki wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego zmienionej zgodnie z art. 48 ust. 1 pkt 4 ustawy2185.

Zasady zmiany wynagrodzenia określone w art. 48 ust. 3 i 4 ustawy2185 będą stosowane również do umowy o podwykonawstwo zawartej między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

Na podstawie art. 49 ustawy2185 w związku z ochroną istotnych interesów bezpieczeństwa państwa, do udzielania zamówień publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego, jednostki organizacyjne im podległe, spółki, spółdzielnie, przedsiębiorstwa, zakłady i inne jednostki organizacyjne utworzone przez te jednostki albo do których te jednostki przystąpiły, które obejmują dostawy towarów objętych pozycją 2701 albo 2704 Nomenklatury Scalonej (CN) zgodnej z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2658/87 z dnia 23 lipca 1987 r. w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej (Dz. Urz. WE L 256 z 07.09.1987, str. 1, z późn. zm. - Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 2, t. 2, str. 382), w okresie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy2185 nie będą stosować ustawy Pzp.

Ustawa o zakupie preferencyjnym paliwa stałego dla gospodarstw domowych



W Dzienniku Ustaw pod poz. 2236 została ogłoszona ustawa z dnia 27 października 2022 r. o zakupie preferencyjnym paliwa stałego dla gospodarstw domowych, która przewiduje wyłączenie stosowania ustawy Pzp, do zamówień udzielanych w celu realizacji zadań, które zostały określone w tej ustawie oraz obowiązek zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o udzieleniu zamówienia podlegającego wyłączeniu na podstawie tej ustawy.

Ustawa określa zasady, warunki i tryb: sprzedaży przez niektóre podmioty paliwa stałego z przeznaczeniem dla gospodarstw domowych, zakupu preferencyjnego paliwa stałego i przyznawania, ustalania wysokości i wypłacania niektórym podmiotom rekompensat z tytułu sprzedaży paliwa stałego,

go, o której mowa w pkt 1, oraz właściwość organów w tych sprawach.

Przepisy ustawy weszły w życie w dniu 3 listopada 2022 r.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy do zamówień udzielanych w celu realizacji zadań określonych w przepisach tej ustawy nie stosuje się przepisów ustawy Pzp.

Na podstawie art. 6 ust. 2 ustawy, zamawiający w terminie 7 dni od dnia udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych informację o udzieleniu tego zamówienia, w której podaje:

- 1) nazwę (firmę) i adres siedziby zamawiającego;

- 2) datę i miejsce zawarcia umowy lub informację o zawarciu umowy drogą elektroniczną;
- 3) opis przedmiotu umowy, z wyszczególnieniem odpowiednio ilości rzeczy lub innych dóbr oraz zakresu usług;
- 4) cenę albo cenę maksymalną, jeżeli cena nie jest znana w chwili zamieszczenia ogłoszenia;
- 5) wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających udzielenie zamówienia bez zastosowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych;
- 6) nazwę (firmę) podmiotu albo imię i nazwisko osoby, z którymi została zawarta umowa.

Gospodarstwem domowym jest gospodarstwo domowe prowadzone przez: osobę fizyczną samotnie zamieszkującą i gospodarującą (gospodarstwo domowe jednoosobowe) albo osobę fizyczną oraz osoby z nią spokrewnione lub niespokrewnione pozostające w faktycznym związku, wspólnie z nią zamieszkujące i gospodarujące (gospodarstwo domowe wieloosobowe).

Paliwem stałym jest węgiel kamienny.

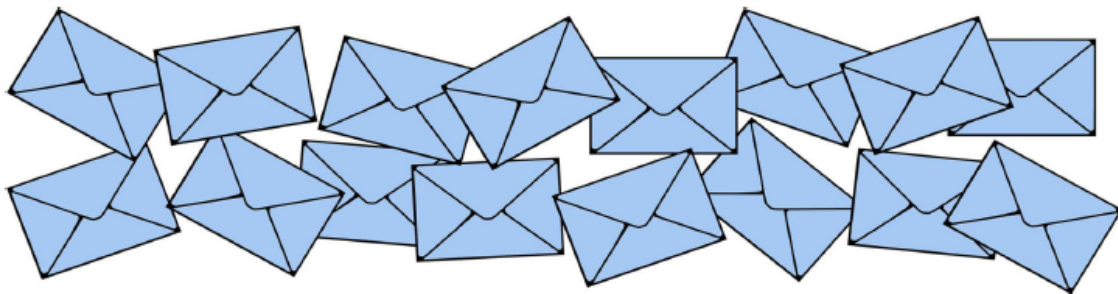
Zakupem preferencyjnym jest zakup paliwa stałego przez osoby fizyczne w gospodarstwie domowym na zasadach określonych w ustawie.

Minister właściwy do spraw aktywów państwowych określi, w drodze rozporządzenia, ilość paliwa stałego dostępną dla jednego gospodarstwa domowego w ramach zakupu preferencyjnego odpowiednio w okresie:

- 1) do dnia 31 grudnia 2022 r.,
- 2) od dnia 1 stycznia 2023 r.
 - uwzględniając ilość paliwa stałego będącego w posiadaniu podmiotów wprowadzających do obrotu oraz konieczność zaspokojenia podstawowych potrzeb gospodarstw domowych w odniesieniu do dostępności paliwa stałego.

W art. 30 ust. 1 ustawy przewidziano przepis przejściowy, zgodnie z którym do umów oraz innych czynności prawnych i faktycznych podjętych przez podmiot wprowadzający do obrotu, gminę lub podmiot, o którym mowa w art. 5 ust. 5 ustawy, w celu realizacji sprzedaży paliwa stałego przez gminę lub podmiot, o którym mowa w art. 5 ust. 5 ustawy, z przeznaczeniem dla gospodarstw domowych od dnia 1 lipca 2022 r. do dnia wejścia w życie ustawy, przepisy ustawy stosuje się odpowiednio





Na pytania czytelników odpowiada JÓZEF EDMUND NOWICKI

Czy strona internetowa może być uznana za równoważny przedmiotowy środek dowodowy?

Zgodnie z art. 106 ust. 3 ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest zaakceptowanie równoważnych przedmiotowych środków dowodowych, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Zgodnie natomiast z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przedmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Mogą one przybrać postać oznakowania (etykiet), certyfikatów, dokumentów bądź też innych środków.

Wymagane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedmiotowe środki dowodowe powinny zostać wskazane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 106 ust. 1 Pzp) i złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 Pzp). Ponadto, przedmiotowe środki dowodowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnią dwie role. Mogą one służyć ocenie zgodności zaoferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji poprawności merytorycznej oferty, jak również potwierdzaniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, co wprost wynika z art. 105 ust. 1 Pzp.

W wyroku z dnia 6 sierpnia 2021 r., KIO 1698/21 uznała, że co do zasady nie można kwestionować możliwości uznania informacji zawartych na stronie internetowej za przedmiotowy środek dowodowy mający na celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw usług lub robót budowlanych z postawionymi w postępowaniu przez Zamawiającego wymaganiami, ponieważ katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym pod warunkiem spełnienia przez nie wymagań określonych w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. To od Zamawiającego zależy jaki przedmiotowy środek dowodowy przewidzi i określi w postępowaniu w celu oceny zgodności przedmiotu zamówienia z jego wymaganiami. Jednak w opinii sądu orzekającego w sytuacji, gdy w postępowaniu Zamawiający jako przedmiotowy środek dowodowy żądał złożenia wraz z ofertą dokumentacji technicznej producenta oferowanego urządzenia w postaci oryginału w formie elektronicznej lub w kopii w postaci cyfrowego odwzorowania dokumentu papierowego, której zgodność z oryginałem poświadczy wykonawca lub notariusz podpisem kwalifikowanym nie można było uznać, że podanie przez Odwołującego linku do strony internetowej jest przedmiotowym środkiem dowodowym o charakterze równoważnym do żądanego przez Zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie „równoważne” oznacza mający równą wartość, równe znaczenie z czymś, dlatego nie sposób porównywać wartości dokumentu (w postaci dokumentacji technicznej producenta) podpisanego przez wykonawcę lub notariusza potwierdzającego istnienie określonych funkcjonalności oferowanego sprzętu, za które podmiot ten przyjmuje odpowiedzialność

z informacjami widniejącymi na stronie internetowej.

Odwołujący nie wykazał natomiast, że informacje zawarte na stronie internetowej są analogiczne co do treści zawartych w dokumentacji technicznej producenta, w sposób który umożliwiałby uznanie tych źródeł za równoważne.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że powszechnie wiadomym jest, iż informacje ze stron internetowych, nawet jeżeli są to strony internetowe producentów urządzeń czy oprogramowania, zawierają informacje ogólne, często nieaktualne lub niezgodne z rzeczywistością. Strona internetowa może też podlegać zmianom i modyfikacjom już po złożeniu ofert, co w praktyce uniemożliwia odtworzenie pierwotnych treści pod danym linkiem widniejących. Przy informacji odnoszącej się do daty dokonywanych aktualizacji brak jest jakichkolwiek informacji, które umożliwiłyby ustalenie co i w jakim zakresie zostało zmienione/zaktualizowane. Istotne jest także to, że brak jest możliwości ustalenia podmiotu odpowiedzialnego za treść zamieszczonych pod danym linkiem informacji. Natomiast Zamawiający przydzielając punkty w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert musi mieć całkowitą pewność co do prawdziwości i rzetelności informacji, na podstawie której punkty te są przydzielane, co ma związek z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też Zamawiający żądał w postępowaniu w zakresie kryterium „dodatkowe funkcjonalności” złożenia podpisanych dokumentów, aby mieć pewność co do zasadności przyznania określonej liczby punktów. W takim przypadku podmiot podpisujący bierze na siebie odpowiedzialność za treści zawarte w tym dokumencie.

Natomiast w przypadku podania linku do strony internetowej żaden podmiot nie bierze odpowiedzialności za zawarte pod nim treści, które jak wyżej wskazano mogą nie odpowiadać rzeczywistości. Dlatego też ocena oferty dokonana w oparciu o informacje zawarte na stronie internetowej a nie w oparciu o złożone i podpisane dokumenty stanowiłaby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że linki (łącza) do strony internetowej nie mogą być uznane za równoważne przedmiotowe środki dowodowe.

Czy niepodanie w formularzu oferty nazwy producenta, typu i modelu oferowanego urządzenia, skutkuje odrzuceniem oferty, jeżeli zamawiający żądał podania takich informacji w ofercie?

Do zagadnienia złożenia oferty bez podania nazwy producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, jeżeli zamawiający żądał podania nazwy producenta w ofercie, odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2016 r., KIO 620/16. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamawiający w różny sposób może ukształtować wymagania co do oferowanego przedmiotu zamówienia w złożonej ofercie, a „niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. (...). Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.” W postępowaniu, którego dotyczy wyrok z dnia 6 maja 2016 r., KIO 620/16, zamawiający określił w sposób jednoznaczny, jakie elementy mają identyfikować ofertowany przedmiot zamówienia i żądał podania w formularzu oferty nazwy producenta oferowanego przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „zgodnie z dokumentacją postępowania jedynie przepisane wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w kolumnie „Asortyment” jest niewystarczające z uwagi na konieczność zindywidualizowania oferty - oferowanych wyrobów przez podanie wymaganych przez Zamawiającego danych, a które to informacje stanowią o tym co dokładnie oferuje w postępowaniu wykonawca i które to dane pozwalają w efekcie na identyfikację i co za tym idzie kontrolę/sprawdzenie zgodności oferowanego przedmiotu (określonego zindywidualizowanego) za po-

mocą danych wymaganych przez Zamawiającego takich jak numer katalogowy, producent, nazwa) a wymaganiami przedmiotowymi Zamawiającego opisanymi w kolumnie asortyment formularza cenowo-asortymentowego.”

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że „(...) sama deklaracja realizacji zamówienia zgodnie z SWIZ bez jego indywidualizacji, konkretyzacji - gdy ta indywidualizacja, tak jak w tym przypadku, wymagana jest przez Zamawiającego - jest niewystarczająca, co również wielokrotnie było przedmiotem orzecznictwa Izby. Inne rozumienie w zasadzie wypaczałoby sens zamówienia, którego celem jest uzyskanie oferty na konkretny produkt zgodny z wymaganiami Zamawiającego.” Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że podanie danych identyfikujących dany oferowany przedmiot „stanowi złożenie oferty na ten przedmiot, w ten sposób oświadcza wykonawca co oferuje, jednocześnie oświadczając, że oferowany przedmiot zgodny jest parametrami określonymi przez Zamawiającego.” Złożenie oferty bez podania nazwy producenta, typu i modelu oferowanego urządzenia, skutkuje odrzuceniem oferty, jeżeli zamawiający żądał podania nazwy producenta w ofercie, skutkuje zatem odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Czy wykonawca może polegać na zasobach podmiotu trzeciego w celu oceny jego oferty w ramach kryteriów oceny ofert?

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Przepis ten odnosi się do warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji, nie dotyczy natomiast kryteriów oceny ofert.

Z przepisu art. 118 ust. 1 ustawy Pzp nie można wyprowadzać wniosku, że wykonawca nie może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej

podmiotów udostępniających zasoby w celu spełniania wymagań określonych w kryteriach oceny ofert.

Problematyka oceny ofert została uregulowana w przepisach art. 239 -252 ustawy Pzp. 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. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, a 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. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Żadne przepisy ustawy Pzp nie zakazują zatem dopuszczenia polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby w ramach opisu sposobu oceny ofert. To do zamawiającego należy decyzja czy w ramach oceny ofert dopuszczalne będzie poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby.

W wyroku z dnia 27 lutego 2020r., KIO 299/20, Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska odwołującego, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 22a ust. 1 i 2 Pzp2004, poprzez przyznanie wykonawcy punktów za potencjał podmiotu trzeciego, jeżeli zamawiający nie dopuścił i nie opisał procedury oceny potencjału podmiotu trzeciego w ramach kryteriów oceny ofert. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ze stanowiskiem odwołującego, że przepisy ustawy Pzp dopuszczają powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie warunków udziału w postępowaniu, nie można zaś do-

konywać oceny potencjału podmiotu trzeciego w ramach kryteriów oceny ofert, opisanych w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przepisy Pzp2004 nie wykluczają możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego celem uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, ponieważ przepisy Pzp2004 nie wskazują, że osoby wyznaczone do realizacji zamówienia mają stanowić wyłącznie zasób własny wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się również ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z dnia 26 czerwca 2018 r., KIO 1093/18, w którym stwierdzono, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu mają również uregulowania unijne. Zgodnie z art. 67 ust. 2 lit b dyrektywy 2014/24/UE kryteria udzielenia zamówienia mogą obejmować m.in.: organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia. W myśl ustępu 4 tego artykułu: Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie wykluczają również możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w ramach tzw. kryteriów udzielenia zamówienia. Wnioskować zatem należy, że unijny ustawodawca dopuszcza sytuację, w której wykonawca może powołać się na taki potencjał - potencjał podmiotów trzecich w ramach kryteriów udzielenia zamówienia - jeżeli zamawiający taką możliwość dopuści w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - jednocześnie określając zasady przyznawania punktacji, dostosowując powyższe zasady do prowadzonego postępowania oraz przedmiotu zamówienia.

Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach z dnia 26 czerwca 2018 r., KIO

1093/18 i z 23 lipca 2018 r., KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18. Stanowisko wyrażone w wyrokach z dnia 27 lutego 2020 r., KIO 299/20, z dnia 26 czerwca 2018 r., KIO 1093/18, z dnia 26 czerwca 2018 r., KIO 1093/18 i z dnia 23 lipca 2018 r., KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18, pozostaje aktualne na gruncie ustawy Pzp.

Czy w sytuacji, gdy wykonawca w złożonej ofercie zaoferuje cenę 0 złotych należy uznać, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona oraz czy wyjaśniać rażąco niską cenę?

Określenie ceny wykonania danego zamówienia w wysokości 0 zł oznacza niepobranie przez wykonawcę zapłaty za jego wykonanie. Zaoferowanie wykonania zamówienia za cenę 0 złotych nie oznacza, że umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą pozbawiona będzie waloru odpłatności będącego warunkiem sine qua non uznania umowy za zamówienie publiczne. Zgodnie bowiem z art. 7 pkt 32 ustawy Pzp zamówieniem jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Z przepisu art. 7 pkt 32 ustawy Pzp wynika, że dla uznania, że zawarcie określonej umowy jest udzieleniem zamówienia publicznego, wymagane jest spełnienie następujących warunków: umowa musi być odpłatna, jej stronami muszą być co najmniej zamawiający i wykonawca, przedmiotem tej umowy muszą być usługi, dostawy lub roboty budowlane. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, na podstawie której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. (...) odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest ono umową zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - na jego rzecz wykonawca realizuje usługę, dostawę lub robotę budowlaną oraz wykonawca - w postaci zapłaty lub w innej, niekoniecznie pieniężnej, formie (usługi, rzeczy, wierzytelności, inne prawa) mającej wartość majątkową. Pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono zarówno

świadczenia pieniężne, jak i każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia. Ocena odpłatnego charakteru umowy powinna być dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego (zob. KIO 2542/11). Zgodnie natomiast z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Celem przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest ustalenie czy wykonawca za cenę podaną w złożonej ofercie wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, także w sytuacji, gdy wykonawca w złożonej ofercie zaoferuje cenę 0 zł. W przypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie zaoferuje cenę 0 zł, zamawiający powinien zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Czy lider konsorcjum może dochodzić całości roszczenia w postępowaniu sądowym?

Zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 58 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto, zgodnie z art. 445 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepisu art. 445 ust. 1 ustawy Pzp nie stosuje się

natomiast do zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że to nie dany wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, lecz wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, stanowią podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W wyroku z dnia 13 października 2011 r. w sprawie V CSK 475/10, Sąd Najwyższy stwierdził, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym (w sprawie powyższej przedmiotem postępowania był zwrot wadium). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider konsorcjum. By możliwe było zatem dochodzenie przez lidera konsorcjum całości roszczenia w postępowaniu sądowym konieczne jest zatem upoważnienie go przez pozostałych konsorcjantów.

Jak w przypadku art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp należy rozumieć wyrażenie „niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”?

W przypadku przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp intencją ustawodawcy jest umożliwienie nieodrzucań w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty („omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty”), tj. nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika zatem możliwość dopuszczenia do oceny ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. O istotności takiej zmiany może przykładowo decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu lub rodzaju oferowanego asortymentu w taki spo-

sób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie. Należy jednak zauważyć, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter oceny - ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „niepowodujące istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze uznaniowym.

Jaka jest różnica pomiędzy błędem w obliczeniu ceny a oczywista omyłka rachunkowa?

Przepisy Pzp nie zawierają definicji legalnej błędu. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. W uchwale z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12 zwrócono uwagę, że „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.”

W wyroku z dnia 1 października 2012 r., KIO 1516/12, 1994/12, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, 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 (tak też w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08). Jednakże reguła ta nie znajdzie zastosowania w przypadku, gdy zamawiający przyjmie, iż cena za wykonane roboty jest ceną ryczałtową.”. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (zob. wyrok KIO/UZP 910/11).

Do zagadnienia błędu w obliczeniu ceny odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 1528/10, w którym stwierdziła, że „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. Błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp2004, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy. Pozostałe nieścisłości w określeniu ceny będą nadawały się do poprawienia - z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, czy jako oczywiste omyłki pisarskie (gdy cena podana słownie będzie odbiegała od jej liczbowej prezentacji), oczywiste omyłki rachunkowe (gdy w części składającej się na wymaganą przez zamawiającego kalkulację ceny znajdą się błędy w zakresie rachunku elementów podlegających działaniom arytmetycznym) czy też jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”.

W wyroku KIO 2294/12, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że nie każdy błąd w zakresie stawki podatku VAT stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 „posłużenie się podstawową stawką podatku VAT, w sytuacji, gdy zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna, nie mieści się w tak określonym ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004. Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza (zwłaszcza przy określeniu ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, podlega odrzuceniu, gdyż przy przyjęciu stawki preferencyjnej jej cena byłaby niższa. Taki pogląd prowadziłby do eliminacji ofert najkorzystniejszych i nakazywania zamawiającym wyboru ofert mniej dla nich korzystnych, co nie zasługuje na ochronę, nie mieści się bowiem w ratio legis ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Należy również wskazać na istotne różnice pomiędzy omyłką rachunkową a błędem w obliczeniu

ceny. Pzp nie definiuje tych pojęć, jednak przyjąć należy, iż przez omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny trzeba rozumieć taki błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Oczywiście omyłka rachunkowa jest konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia obliczeń arytmetycznych (zob. wyrok KIO 2162/11). Oczywiście 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 KIO/UZP 20/09). Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości (zob. wyrok KIO UZP 62/09).

Czy są dopuszczalne zmiany w składzie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po dokonaniu kwalifikacji podmiotowej?

Dopuszczalność zmian konsorcjum polegających na ograniczeniu jego składu ma charakter wyjątkowy. Oceniając konkretne zmiany należy kierować się wytycznymi wypływającymi z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14, w którym Trybunał wskazał, że zasadą jest konieczność zachowania prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie danego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak dopuścił on możliwość złagodzenia tego wymogu w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.

W dalszej części orzeczenia Trybunał - odnosząc się już wprost do możliwości udziału w postępowaniu byłego członka konsorcjum jako samodzielnego wykonawcy, stwierdził, że: „zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i

na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów”.

Również w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na realizację umowy zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych” wskazano, że: „w przypadku, gdy dany podmiot - występujący jako indywidualny wykonawca, czy jako zespół wykonawców działających w formie konsorcjum, spełnia warunki udziału w postępowaniu (i ewentualnie zajmuje określoną pozycję w rankingu), winien być przez zamawiającego zaproszony do złożenia oferty. Z powyższego wynika więc, że oferty takiej nie może złożyć podmiot, który nie brał udziału w pierwszym etapie, bowiem zamawiający nie dokonał oceny jego podmiotowej kwalifikacji do realizacji określonego zamówienia publicznego. Wyklucza to możliwość rozszerzenia składu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po etapie prekwifikacji. Analogicznego zakazu nie można jednak wywieść w odniesieniu do sytuacji, w której dochodzi do ograniczenia kręgu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w II fazie postępowania dwuetapowego. Analiza tego przypadku musi być jednak dokonywana każdorazowo przy uwzględnieniu ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, a w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”.

Skoro żaden przepis ustawy Pzp nie reguluje wprost, czy możliwa jest rezygnacja jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to do oceny, czy zmiany podmiotowe wewnątrz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są dopuszczalne, należy stosować zasady ogólne ustawy Pzp, a w szczególności fakt, czy w wyniku zmiany, ofertę składa podmiot, który już bez udziału członka konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponieważ żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia dokonywania zmian w składzie tych wykonawców, polegających na rezygnacji jednego z tych wykonawców, to uwzględniając wytyczne płynące z ww. wyroku TSUE, należy ocenić, czy zmiana taka nie wpłynie negatywnie na pozostałych wykonawców, ponieważ jak wskazywał TSUE, za dopuszczalną należy uznać taką zmianę w składzie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeżeli po wystąpieniu z jego składu jednego z tych wykonawców, pozostali wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Dlatego też oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy mimo zmniejszenia ich składu nadal spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jest dopuszczalna.

Podkreślenia wymaga, że w wyroku z dnia 12 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1638/09 Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła możliwość niektórych zmian w składzie konsorcjum stwierdzając, że: „...należy rozróżnić sposoby zmiany składu osobowego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie działaniem nieprawidłowym byłoby zezwolenie na udział grupie wykonawców, która po zmianie składu nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu i byłoby to sprzeczne z przepisami (...), sprzeciw wobec działania jako nieprawidłowego budziłaby również, zgoda na dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotu, który nie występował w chwili złożenia wniosku w ramach grupy wykonawców. Natomiast na obecnym etapie postępowania i w stosunku do C. zmiana składu podmiotowego konsorcjum nie ma wpływu na możliwość pozostałych członków tego konsorcjum ubiegania się o udzielenie zamówienia, ani na jego potencjał. Taka zmiana nie ma również znaczenia dla Zamawiającego dlatego, że zmiana ta nie ma wpływu również na sytuację innych wykonawców, którzy złożyli wnioski (oczywiście poza ich chęcią wyeliminowania konkurenta z udziału w postępowaniu). Zatem w tym przypadku Izba uznałaby za możliwą taką zmianę składu konsorcjum W.”

W odpowiedzi wykorzystano stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2021 r., KIO 3357/20



wPrzetargach.pl

NAJWIĘKSZY INTERNETOWY DZIENNIK O ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH



Aktualności



Orzecznictwo



Opinie prawne



Odpowiedzi na pytania



Komentarze praktyczne



Porady prawne