

**Jak zostać
ekspertem w
zamówieniach
publicznych?**

**Klauzule
przeładowe
i zmiany istotne
umowy**

**Referencje
w postaci e-maila**

**Czas niezbędny do
wprowadzenia
zmian w ofertach**

**Zamówienia
publiczne
z uwzględnieniem
prawa opcji**

**Badanie w ofertach
stawki podatku od
towarów i usług**

**Czy wielkość odpisu
na PFRON może
być kryterium oceny
ofert**

**Czy wypowiedzenie
umowy z
wykonawcą może
być uznane za
sytuację wyjątkową**

**Odpowiedzi
na pytania
czytelników**

Rynek Przetargowy

DWUMIESIĘCZNIK UCZESTNIKÓW RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

LISTOPAD 2022 - LUTY 2023 | Numer 5/2022 - numer 1/2023 (5-6) | ISSN 2720-6084

23

**ważne
zagadnienia
na rok 2023**

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



Więcej orzecznictwa, praktyki, doradztwa i wsparcia merytorycznego

Numer 5-6 Rynku Przetargowego zamyka pierwszy rok funkcjonowania czasopisma. To był rok, w którym poszukiwaliśmy ostatecznej formuły czasopisma.

Od następnego numeru dwumiesięcznik Rynek Przetargowy będzie funkcjonować w nowej formule.

Głównym nurtem będzie analiza orzecznictwa, praktyka udzielania zamówień publicznych, wzory dokumentów, komentarze eksperckie oraz odpowiedzi na pytania czytelników dotyczące stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, szczególnie w przypadkach trudnych lub budzących wątpliwości.

Więcej uwagi poświęcimy osobom, które rozpoczęły lub zamierzają rozpocząć prace w zamówieniach publicznych. Właśnie tym osobom będą dedykowane materiały, które będą mocnym wsparciem merytorycznym w ich pracy.

Więcej uwagi poświęcimy również problematyce prawa budowlanego i zamówień publicznych na roboty budowlane, zamówień współfinansowanych ze środków zewnętrznych oraz zamówień, do których nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych.

Nowością będą odpowiedzi również na ciekawe pytania zadawane na szkoleniach i portalach społecznościowych.

W tym numerze przedstawiamy 23 zagadnienia, o których warto pamiętać udzielając zamówień publicznych w roku 2023, m. in.: klauzule przeglądowe i zmiany istotne umowy, badanie w ofertach stawki podatku od towarów i usług, badanie rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi projektowe, zamówienia publiczne z uwzględnieniem prawa opcji, badanie skuteczności zastrzeżenia informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, unieważnienie postępowania, gdy środki publiczne przeznaczone na sfinansowanie zamówienia, nie zostały zamawiającemu przyznane, określenie podatku VAT w zamówieniu na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni oraz integralność pliku podpisanego i podpisu oraz modyfikacja podpisanych danych po ich uwierzytelnieniu.

Józef Edmund Nowicki

Redaktor naczelny

Spis treści

	<i>Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego</i>		<i>Kryteria oceny ofert</i>
7	Klauzule przeglądowe i zmiany istotne umowy	34	Czy wielkość odpisu na PFRON może być kryterium oceny ofert
	<i>Forma pisemna i pisemność</i>		<i>Rażąco niska cena</i>
12	Oświadczenie w formie pisemnej i pisemne oświadczenie	35	Etapy postępowania w przypadku badania wyliczenia ceny lub kosztu
	<i>Rażąco niska cena</i>		<i>Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego</i>
15	Ocena wyjaśnień wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu	38	Zmiany umowy określone limitami 10 oraz 15%
	<i>Podatek VAT w ofertach</i>		<i>Podmiotowe środki dowodowe</i>
17	Badanie w ofertach stawki podatku od towarów i usług	40	Polisa OC aktualna na dzień składania ofert czy na dzień jej złożenia
	<i>Zmiany w składzie konsorcjum</i>		
22	Zmiany w składzie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia	43	Czy suma gwarancyjna ubezpieczenia może przekraczać wartość zamówienia
	<i>Zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu</i>		<i>Opcja</i>
25	Czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach	46	Zamówienia publiczne z uwzględnieniem prawa opcji
	<i>Informacja z krajowego rejestru karnego</i>		<i>Wykluczenie wykonawcy z postępowania</i>
28	Informacja z krajowego rejestru karnego dotycząca członka zarządu, który złożył rezygnację	48	Ustalenie czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe
	<i>Podmiotowe środki dowodowe</i>		<i>Tajemnica przedsiębiorstwa</i>
30	Referencje w postaci e-maila	50	Badanie skuteczności zastrzeżenia informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa
	<i>Rażąco niska cena</i>		
32	Jak badać rażąco niską cenę w zamówieniach na usługi projektowe		

Kary umowne

- 52 **Rażąco wygórowana kara umowna i miarkowanie kary umownej**

Unieważnienie postępowania

- 55 **Unieważnienie postępowania, jeżeli środki publiczne przeznaczone na sfinansowanie zamówienia, nie zostały zamawiającemu przyznane**

Zamówienie z wolnej ręki

- 58 **Czy rozwiązanie umowy może być podstawą do udzielenia zamówienia z wolnej ręki**
- 60 **Czy wypowiedzenie umowy z wykonawcą może być uznane za sytuację wyjątkową**

Podatek VAT w ofertach

- 69 **Określenie podatku VAT w zamówieniu na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni**

Kwalifikowany podpis elektroniczny

- 79 **Integralność pliku podpisanego i podpisu oraz modyfikacja podpisanych danych po ich uwierzytelnieniu**

Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych

- 83 **MAŁGORZATA WĘGIEL**

Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych

- 89 **MACIEJ SOBIERAJ**

Zamówienia publiczne w pytaniach i odpowiedziach

- 91





<https://www.facebook.com/profile.php?id=100070943978716>

Ciekawe wyroki
Komentarze praktyczne
Webinary
Doradztwo
Opinie prawne

Przy kawie o ustawie



Superprzetargi

Grupa na FB.com

<https://www.facebook.com/groups/313674059850394>

KLAUZULE PRZEGLĄDOWE I ZMIANY ISTOTNE UMOWY

NA PODSTAWIE WYSTARCZAJĄCO JASNYCH KLAUZUL POWINNO BYĆ RÓWNIEŻ
MOŻLIWE WPROWADZENIE ZAPISÓW PRZEWIDUJĄCYCH DOSTOSOWANIE UMÓW
KONIECZNE Z UWAGI NA TRUDNOŚCI TECHNICZNE, KTÓRE POJAWIŁY SIĘ
W TRAKCIE UŻYTKOWANIA LUB UTRZYMANIA

Rodzaj i zakres zmian oraz warunki wprowadzania zmian

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zgodnie natomiast z motywem 107 dyrektywy 2014/24/UE „Niezbędne jest doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnej umowie, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron, w tym podziału praw własności intelektualnej. Zmiany te wskazują na zamiar stron dotyczący renegotjacji istotnych warunków tej umowy. Ma to miejsce szczególnie w sytuacji, gdy zmienione warunki miałyby wpływ na wynik postępowania, gdyby zostały uwzględnione w pierwotnym postępowaniu. (...)”

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

Zmiana istotna umowy

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

Przepis art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nawiązuje do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 19 czerwca

2008 r., C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse, EU:C:2008:351, Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że „Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Dopuszczalne zatem będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”

W wyroku C-454/06 Europejski Trybunał Sprawiedliwości zwrócił uwagę, że „Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach

pierwotnego zamówienia”. Do warunków, które spowodowałyby wzięcie lub możliwość wzięcia udziału innych wykonawców lub przyjęcia oferty innej treści należy zaliczyć istotne zmiany dotyczące m.in. opisu przedmiotu zamówienia (np. cech technicznych i jakościowych, wymagań funkcjonalnych, dopuszczalności stosowania rozwiązań równoważnych), zmiany wysokości kar umownych, sposobu i terminu wykonania zamówienia (np. zmiana liczby dni wyznaczonych na wykonanie zamówienia lub liczby dni na wykonanie poszczególnych etapów zamówienia), warunków płatności, okresu i warunków gwarancji.

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



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

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

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, że ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana

warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców.

Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględniać konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż zmiana umowy wywołana przyczynami zewnętrznymi, które w sposób obiektywny uzasadniają potrzebę tej zmiany, niepowodująca zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, która nie prowadzi również do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących



udział w postępowaniu, jak też nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu, może być uznana za zmianę nieistotną (por. tezy nr 61-70 ww. wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06). Dotyczyć to będzie w szczególności przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnoszą się w równym stopniu do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. wynikają z okoliczności nie-zależnych od osoby wykonawcy. Z takim przypadkiem ma-my do czynienia w sytuacji, gdy zmiana umowy jest obiektywnie uzasadniona w odniesieniu do każdego wykonawcy, z którym zawarto by umowę. Przy czym zakres i warunki takiej zmiany są niezależne od osoby wykonawcy, tj. zmiana umowy została by dokonana z każdym wykonawcą w takim samym zakresie i na tych samych zasadach. Przy dokonywaniu powyższej kwalifikacji istotne znaczenie ma przy tym fakt, że potencjalna wiedza o wprowadzeniu zmian do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania."

W wyroku z dnia 24 stycznia 2018 r., III SA/Wr 680/17 (LEX nr 2457632) Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu uznał, że ze względu na fakt, iż termin realizacji zamówienia nie był czynnikiem znaczącym z punktu widzenia wyboru tego, a nie innego wykonawcy, ponieważ o wyborze decydowała cena, która była jedynym kryterium oceny ofert, nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że przesunięcie terminu wykonania umowy stanowiło niedopuszczalną zmianę umowy. Termin realizacji umowy nie wpływał na wybór oferty. Z tego też powodu nie można uznać argumentacji, że zmiana terminu potencjalnie mogła ograniczyć krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie (Urząd Kontroli Skarbowej uznał, że w postępowaniu dokonano istotnej zmiany postanowień umowy, ponieważ wydłużenie terminu realizacji umowy o 9 miesięcy w stosunku do terminu określonego w SIWZ, co stanowiło w

ocenie Urzędu Kontroli Skarbowej istotną zmianę warunków zamówienia, skutkującą koniecznością nałożenia korekty finansowej). W tym względzie Sąd podzielił pogląd wyrażony w skardze, że zasadom udzielania zamówień publicznych nie sprzeciwiają się takie zmiany umowy, których przyczyny w takim samym są uzasadnione w stosunku do każdego wykonawcy, który został by wybrany i z tego względu nie oznaczają preferencji żadnego z nich. Jak podkreślił zamawiający, przedłużające się postępowanie uzasadniało zmianę terminu realizacji zadania niezależnie od tego, który podmiot został by wybrany w wyniku przeprowadzonego postępowania, podczas gdy o samym wyborze decydowała wyłącznie oferowana cena. Zdaniem Sądu, sam fakt zainteresowania ubieganiem się o udzielenie zamówienia przez inne firmy, które ostatecznie nie złożyły oferty nie jest dostateczną przesłanką do wnioskowania, że przedłużenie terminu realizacji umowy prowadziłoby do udziału w postępowaniu nie tylko większej liczby podmiotów, ale także do zaoferowania przez nich niższych cen od wybranego wykonawcy. Sąd zwrócił również uwagę, że zgodnie z wyrażanym w orzecznictwie poglądem, „ocena zmiany terminu wykonania inwestycji musi być jednak odnoszona do dokumentacji będącej przedmiotem prowadzonego postępowania. Inaczej rzecz ujmując, bez odniesienia się do zawartych tam postanowień nie można z góry określić, jaki charakter ma zmiana, bo nie daje się ustalić wpływu tej zmiany na treść umowy, a pośrednio na wybór oferenta i możliwość złożenia przez potencjalnych oferentów „znacząco” innych ofert. Niezasadne jest założenie, że każda zmiana terminu realizacji umowy jest zmianą na tyle istotną/znaczącą/doniosłą, że inny wykonawca, mógłby złożyć ofertę (por. wyrok NSA z dnia 4 marca 2015 r., sygn. II GSK 2143/13). Konieczne jest rozważenie znaczenia wprowadzonej zmiany dla realizacji celu umowy. W podobnym duchu wypowiadał się NSA w powołanym przez skarżącą wyroku z dnia 5 lutego 2014 r. II GSK 1918/12 oraz w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej.

OŚWIADCZENIE W FORMIE PISEMNEJ I PISEMNE OŚWIADCZENIE

POJĘCIE PISEMNOŚCI NIE WYMAGA, ABY DOKUMENT BYŁ PODPISANY PODPISEM
WŁASNORĘCZNYM OBEJMUJĄCYM TREŚĆ OŚWIADCZENIA LUB OPATRZONY
KWALIFIKOWANYM PODPISEM ELEKTRONICZNYM

Oświadczenie w formie pisemnej

Pojęcie „oświadczenia w formie pisemnej” występuje m. in. w art. 56 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 56 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy Pzp osoby, o których mowa w ust. 1 i 3, składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa odpowiednio w art. 56 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp.

Minimalne wymagania dla zachowania formy pisemnej określa art. 78 § 1 k.c. Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. W przypadku oświadczenia w formie pisemnej jest to złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść. Podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jej imienia i nazwiska. Podpis ma również określony cel, ponieważ jest potwierdzeniem złożonego oświadczenia i aby skutecznie takie potwierdzenie stanowić, musi spełniać podstawowy wymóg - musi pozwalać na identyfikację osoby, która bądź w imieniu własnym, bądź w imieniu reprezentowanego przez siebie podmiotu określone oświadczenie woli złożyła. W

orzecznictwie Sądu Najwyższego konsekwentnie przyjmuje się, że niezbędną cechą podpisu jest jego własnoręczność. Określenia „własnoręczny” zostało *expressis verbis* użyte w art. 78 k.c. Konieczność własnoręczności podpisu wynika z tego, że przy podpisie chodzi o udokumentowanie nie tylko brzmienia nazwiska, ale także i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby. (...) Zasadniczo podpis powinien wyrażać co najmniej nazwisko. Nie jest konieczne, aby było to nazwisko w pełnym brzmieniu, gdyż dopuszczalne jest jego skrócenie, nie musi ono być także w pełni czytelne. Podpis powinien jednak składać się z liter i umożliwiać identyfikację autora, a także stwarzać możliwość porównania oraz ustalenia, czy został złożony w formie zwykle przezeń używanej. Podpis powinien więc wykazywać cechy indywidualne i powtarzalne.

Na zagadnienie kształtu własnoręcznego podpisu Sąd Najwyższy zwrócił uwagę w uchwale z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/93 oraz wyroku z dnia 24 czerwca 2009 r., I CSK 447/08, w której stwierdził, że „Nie można zatem formułować ogólnych wskazań co do długości lub kształtu podpisu, poza tym, że ma on stanowić napisane nazwisko, niekoniecznie czytelnie, ale w sposób charakterystyczny dla osoby podpisanej. Istotne jest bowiem to, by napisany znak ręczny - przy całej tolerancji co do kształtu własnoręcznego podpisu - stwarzał w stosunku do osób trzecich

pewność, że podpisujący chciał podpisać się pełnym swoim nazwiskiem oraz że uczynił to w formie, jakiej przy podpisywaniu dokumentów stale używa. Takiej pewności nie stwarzają same inicjały, czyli parafrasa, toteż nie mogą być one uznane za podpis wystawcy weksla. Podpis nieczytelny stanowi wyraz woli napisania nazwiska jedynie wówczas, gdy podpisujący w taki właśnie sposób pisze swoje nazwisko, składając podpisy na dokumentach. Dlatego też podpis nieczytelny powinien być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę weksla, a więc w formie, która jest tym samym znana szerszemu kręgowi osób. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać, wyraża napisane nazwisko a zarazem pełni funkcję identyfikacyjną”.

W uchwale III CZP 146/93, Sąd Najwyższy zwrócił również uwagę, że „Nie jest konieczne, aby było to nazwisko w pełnym brzmieniu, gdyż dopuszczalne jest jego skrócenie, nie musi ono być także w pełni czytelne. Podpis powinien jednak składać się z liter i umożliwiać identyfikację autora, a także stwarzać możliwość porównania oraz ustalenia czy został złożony w formie zwykle przezeń używanej; podpis więc powinien wykazywać cechy indywidualne i powtarzalne.”

Oświadczenie w formie pisemnej nie jest

pisemnym oświadczeniem.

W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni (art. 220 ust. 3 ustawy Pzp). Przedłużenie terminu związania ofertą, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (zob. art. 220 ust. 4 ustawy Pzp). W takim przypadku wykonawca może przesłać zamawiającemu „pisemne oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą” pocztą elektroniczną jako skan uprzednio sporządzonego oświadczenia w formie pisemnej lub przesłać takie oświadczenie, jako treść wpisaną bezpośrednio w mailu, a nie jako załącznik do maila.

Pojęcie „pisemnego oświadczenia” nawiązuje do pojęcia „pisemności” (art. 7 pkt 16 Pzp). Pisemność to sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji



elektronicznej.

Użyte w art. 7 pkt 16 ustawy Pzp wyrażenie przy „użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich” oznacza, że komunikacja musi być prowadzona w postaci tekstowej, a nie dźwiękowej lub wizualnej. Wyrazy, cyfry lub inne znaki pisarskie muszą być uzewnętrznione w postaci widzialnej postaci oraz w sposób umożliwiający ich kopiowanie np. w postaci papierowej lub elektronicznej.

Znaki pisarskie to między innymi cyfry, litery, znaki interpunkcyjne, symbole matematyczne, chemiczne, fizyczne, astronomiczne, kartograficzne, techniczne, abrewiatury (np. \$, §, €, £, ¥, ©, ®).

Pojęcie pisemności nie wymaga, aby dokument był podpisany podpisem własnoręcznym obejmującym treść oświadczenia lub opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Na gruncie pojęcia „pisemności” zamawiający może, wpisując treść wezwania bezpośrednio w mailu, wezwać wykonawcę do:

- 1) udzielania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń (art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp),
- 2) udzielania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp),
- 3) złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp),
- 4) udzielania wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń

składanych w postępowaniu (art. 128 ust. 4 ustawy Pzp),

- 5) udzielania wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 4 ustawy Pzp),
- 6) potwierdzenia, że podmiotowe środki dowodowe złożone bez wezwania zamawiającego są nadal aktualne.

Zamawiający może, wpisując treść wezwania bezpośrednio w mailu, przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 lub 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 ustawy Pzp).

Z instytucji „pisemności” może również skorzystać wykonawca.

Wykonawca może, wpisując treść odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, bezpośrednio w mailu, m. in.: udzielić wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, udzielić wyjaśnień, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, udzielić wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, a także udzielić wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

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 (art. 252 ust. 2 ustawy Pzp). W takim przypadku wykonawca może wyrazić pisemną zgodę wpisując treść takiej zgody bezpośrednio w mailu.

OCENA WYJAŚNIEŃ WYKONAWCY W ZAKRESIE WYLICZENIA CENY LUB KOSZTU

WYKONAWCA JEST OBOWIĄZANY ZŁOŻYĆ WYJAŚNIENIA, KTÓRE W SPOSÓB
NIEBUDZĄCY WĄTPLIWOŚCI POZWOLĄ NA USTALENIE CZY OFERTA ZAWIERA
RAŻĄCO NISKĄ CENĘ W STOSUNKU DO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Wykonawca może w wyjaśnieniach podać inne niż żądał zamawiający obiektywne czynniki oraz złożyć inne niż żądał zamawiający dowody mające wpływ na cenę oferty. Podkreślić należy, że celem art. 90 Pzp jest wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia. Mając na względzie na-czelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia

wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania (KIO 1844/14).

Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest zatem wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest nierealistyczna. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione.

W wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r., KIO 2712/12, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. (...) z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen”.

Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO 2659/12). Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ciężar dowodu braku w ofercie rażąco niskiej ceny stosunku do przedmiotu zamówienia spoczywa na wykonawcy, który jest obowiązany wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty (np. rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy). W przypadku kosztów pracy, ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być jednak niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Zamawiający odrzuca zarówno ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponieważ decyzja o odrzuceniu oferty musi być poprzedzona zwróceniem się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp może nastąpić tylko po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy i dokonaniu oceny tych wyjaśnień (art. 90 ust. 3 Pzp). Wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwolą na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko zostało wyrażone w wyroku IV Ca 1299/09 Sądu Okręgowego w Warszawie („Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać

wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowej jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy, dlaczego uważa cenę za zbyt niską.”.)

W wyroku z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 262/09, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., V Ca 2214/06, „że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp2004. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej”



BADANIE W OFERTACH STAWKI PODATKU OD TOWARÓW I USŁUG

ISTOTNE DLA DOKONANIA OCENY CZY DOCHODZI DO NARUSZENIA ZASAD UCZCIWEJ KONKURENCJI I RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW NIEZBĘDNE JEST STOSOWANIE KRYTERIÓW ZOBIEKTYWIZOWANYCH I NIE JEST MOŻLIWA KAŻDORAZOWO OCENA WPŁYWU WADLIWEJ STAWKI PODATKU NA WARUNKI KONKURENCJI W POSTĘPOWANIU O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11, o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł. Stąd - w ocenie Sądu Najwyższego - przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty (tak w wyroku z dnia 26 marca 2021 r., KIO 559/21).

Do obowiązków wykonawcy należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do właściwej stawki VAT, co wynika m.in. z faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie podatnik zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku VAT. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to ciąży na wykonawcy ciężar również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie. Nie ulega więc wątpliwości, że wskazanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT będzie skutkowało odrzuceniem złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11). W uchwale Sądu Najwyższego wskazano, że „przy

wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny; przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert.”

W dalszej części Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki,

polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem



równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.”

Posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia. Nie ma zatem znaczenia przy ocenie błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy wpływ takiego błędu na ranking ofert. Co podkreśla Sąd Najwyższy, istotne dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wymaga zidentyfikowania błędu w obliczeniu ceny, także z zastosowaniem błędnej stawki podatku VAT.

W wyroku z dnia 26 listopada 2020 r., KIO 2933/20, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że „Nie można (...) zaakceptować stanowiska, że możliwy jest wybór oferty zawierającej błędną stawkę podatku VAT, w sytuacji, gdy taka oferta, pomimo błędu, jest korzystniejsza od innych ofert (obliczonych z zastosowaniem prawidłowej stawki podatku VAT). Odnosząc się stricte do błędu w obliczeniu ceny, polegającego na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT, skład orzekający wskazuje, że cena błędnie obliczona to taka cena, która byłaby inna, gdyby wykonawca zastosował stawkę właściwą.

Skład orzekający w pełni podzielił stanowiska prezentowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2017 r. i z dnia 8 lipca

2019 r., KIO 1462/17 oraz KIO 1046/20 i 1065/20, zgodnie z którymi: „W celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazanie zamawiającemu niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 (...)” oraz „zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosz-tu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej”.

Obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki. Oznacza to, że określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT.

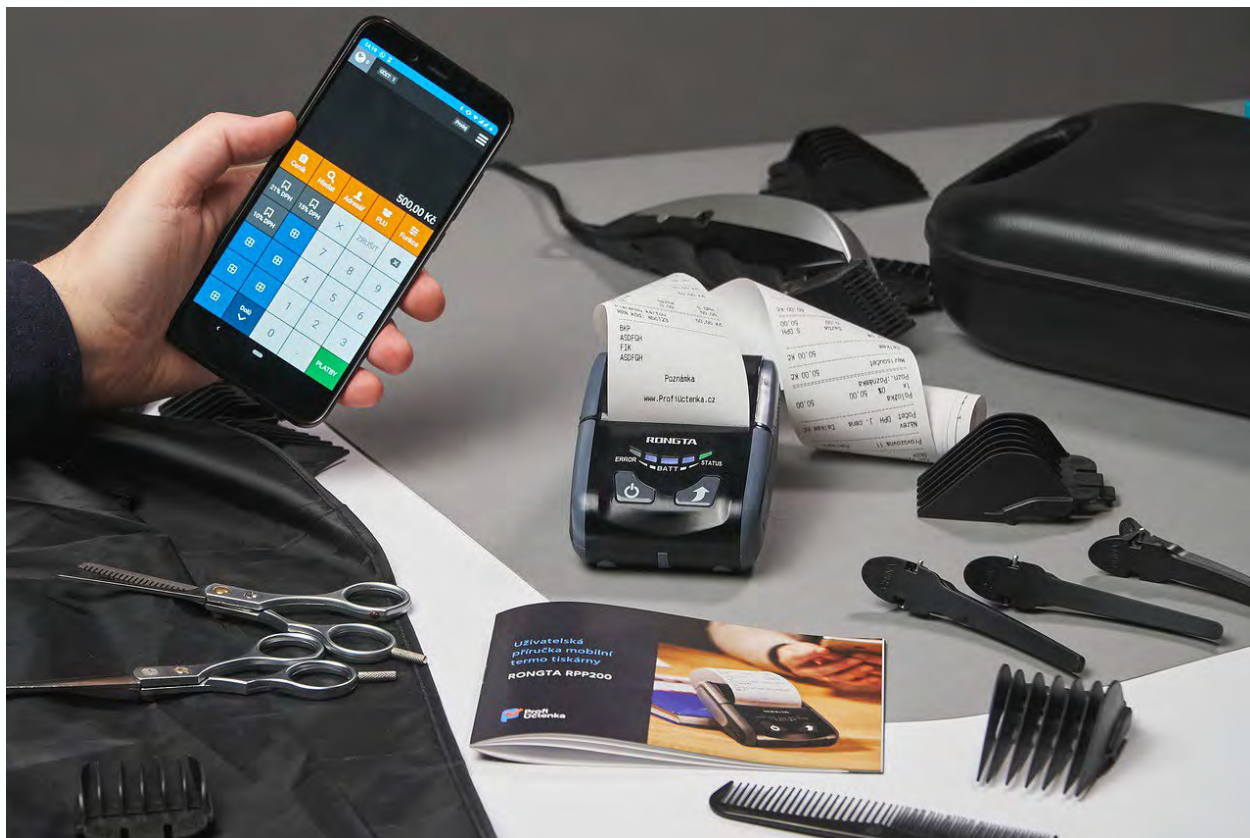
Jeżeli wykonawca w ramach wyjaśnień oświadczył, że nastąpiła w formularzu omyłka w za-kresie stawki podatku VAT i powinna być wpisana stawka wskazana w SIWZ, to zamawiający musi dokonać poprawy omyłki w tym zakresie w oparciu o przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp2004 (por. wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r., KIO 760/21). Zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z uchwał Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11 i III CZP

53/11, w wypadku wskazania w SWZ stawki podatku VAT, to rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert po tym kątem i ewentualnego rozważenia zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli zaistnieją przesłanki ku temu. Inaczej jest, gdy zamawiający stawki podatku VST nie wskazał w SWZ. W takim przypadku na wykonawcy spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT. W SWZ zamawiający, podając sposób obliczenia ceny może również określić stawkę podatku VAT. W takim przypadku badanie ofert może sprowadzać się do poprawienia oferty. Jeżeli jednak zamawiający opisując w SWZ sposób obliczenia ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Wpisanie „VAT marża” zamiast stawki 23 % również stanowi błąd w określeniu prawidłowej stawki podatku VAT oraz błąd w obliczeniu ceny i skutkuje odrzuceniem oferty. „VAT marża” nie jest bowiem stawką podatku VAT. W takim przypadku należy uznać, że wykonawca nie wskazał

wymaganej przez zamawiającego stawki podatku VAT tylko sposób rozliczenia podatku VAT. Błąd w określeniu prawidłowej stawki podatku VAT stanowi więc błąd w obliczeniu ceny i skutkować powinien odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W takim przypadku należy uznać, że zamawiający nie podał w SWZ stawki podatku VAT, która powinna być zastosowana, wykluczając tym samym możliwość poprawienia w tym zakresie oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Oferta zawierająca błędną stawkę VAT to także sytuacja, gdy stawka VAT jest wyższa od prawidłowej, skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można bowiem przyjąć za zgodne z ustawą Pzp stanowisko, że dopuszczalne jest wybór oferty zawierającej błędną stawkę VAT, także sytuacji, gdy stawka VAT jest wyższa od prawidłowej. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający zawsze odrzuca ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Błędem w obliczeniu ceny jest także podanie w ofercie nieprawidłowej stawki VAT. W wyroku z dnia 26 lipca 2017 r., KIO 1462/17 uznano, że w celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie



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

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że także, że w przypadku kryterium oceny, jakim jest cena, dla porównania ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych przez siebie środków publicznych, a zatem kwotę, jaką będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji zamówienia, a więc zawierającą także podatek od towarów i usług. Dlatego też niezbędne jest wskazanie przez wykonawcę stawki podatku VAT jako Zamawiający w przypadku odwróconego mechanizmu VAT winien doliczyć do podanej ceny netto. Powyższe stanowisko, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lutego 2005 r., V Ca 2981/04, zgodnie z którym „pod pojęciem „ceny” należy na gruncie ustawy Pzp rozumieć cenę brutto (a więc z naliczonym VAT). Taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert. Aby móc dokonać porównania cen ofert zamawiający powinien znać stawkę podatku VAT, by ustalić wielkość tego podatku dla ustalenia ceny oferty danego wykonawcy. Właściwe ustalenie w ofercie przez wykonawcę stawki VAT odnoszącej się do konkretnego przedmiotu zamówienia podlega weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego. Jeżeli zamawiający nie określi w SWZ stawki VAT, wykonawca jest obowiązany zastosować prawidłową stawkę VAT (por. wyrok z dnia 6 marca 2020 r., KIO 372/20).

W przypadku, gdy wykonawcy złożyli oferty z stawkami podatku VAT w różnej wysokości, zamawiający powinien wezwać wykonawców do udzielenia wyjaśnień w zakresie podstaw

zastosowanej stawki podatku VAT. Odstępstwem od tej zasady jest jedynie pewność zamawiającego wynikająca z właściwych przepisów, iż stawka VAT zastosowana przez jednego z wykonawców jest prawidłowa. Obowiązkiem zamawiającego, związanym z wydatkowaniem środków publicznych jest przeprowadzenie postępowania z należytą starannością, natomiast działania i zaniechania podjęte przez zamawiającego nie potwierdziły tej staranności (zob. wyrok z dnia 9 stycznia 2018 r., KIO 2702/17).



ZMIANY W SKŁADZIE WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

OFERTA ZŁOŻONA PRZEZ KONSORCJUM, KTÓRE MIMO ZMNIEJSZENIA JEGO
SKŁADU NADAL SPEŁNIA WSZYSTKIE WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU,
JEST DOPUSZCZALNA I POWINNA BYŁA ZOSTAĆ OCENIONA PRZEZ
ZAMAWIAJĄCEGO POZYTYWNIE

Dopuszczalność zmian w składzie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w skrócie „konsorcjum”) polegających na ograniczeniu jego składu ma charakter wyjątkowy.

Oceniając zmiany w składzie konsorcjum należy kierować się stanowiskiem wyrażonym w orzeczeniu 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 TSUE - 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/WE 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 prekwalifikacji. 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”.

Podkreślić również należy, że skoro żaden przepis ustawy Pzp nie reguluje wprost, czy możliwe jest wystąpienie z konsorcjum członka konsorcjum to do oceny, czy zmiany podmiotowe wewnątrz konsorcjum 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. Skoro żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania konsorcjantom (wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego) dokonywania zmian w składzie konsorcjum, polegających na wystąpieniu członka konsorcjum z jego składu, to uwzględniając stanowisko wyrażone w orzeczeniu TSUE z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14, należy ocenić, czy zmiana taka nie wpłynęła negatywnie na pozostałych wykonawców, ponieważ jak wskazywał TSUE, za dopuszczalną należy uznać taką zmianę w składzie konsorcjum, jeżeli po wystąpieniu z jego składu, pozostali wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Dlatego też oferta złożona przez konsorcjum, które mimo zmniejszenia jego składu nadal spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jest dopuszczalna i powinna być zostać oceniona przez zamawiającego pozytywnie.

W wyroku z dnia 22 stycznia 2021 r., KIO 3357/20 skład orzekający uwzględniając wyrok TSUE i przytoczoną opinię Prezesa UZP doszedł do przekonania, że możliwość dalszego udziału w postępowaniu Odwołującego została uzależniona od spełnienia dwóch czynników, tj. samodzielnego spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz niepogorszenie sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu.

Taka sytuacja natomiast miała miejsce w postępowaniu. Na skutek niezyskania przez D. wewnętrznych zgód korporacyjnych wykonawca ten nie mógł brać dalszego udziału w postępowaniu. W sytuacji więc, gdy drugi członek konsorcjum - Odwołujący samodzielnie spełniał warunek udziału w postępowaniu w opinii Krajowej Izby Odwoławczej mógł samodzielnie złożyć ofertę. W ocenie składu orzekającego w niniejszym postępowaniu nie doszło także do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. nakazu równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji. Niezgodne z tymi zasadami byłyby zmiany, gdy np. w wyniku których grupa wykonawców wcześniej niespełniających pozytywnych warunków udziału w postępowaniu, wskutek rozszerzenia składu konsorcjantów lub wejścia nowego podmiotu na miejsce jednego z uczestników dotychczasowych takie warunki zaczęłyby spełniać. Ustaleniu temu nie przeczy natomiast możliwość ograniczenia składu konsorcjum już po dokonanej ocenie spełniania warunków udziału. (...)

Podkreślenia wymaga, że również 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 konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający powinien był ocenić złożenie oferty przez Odwołującego samodzielnie jako dopuszczalne, bowiem jak już wyżej wskazano Odwołujący samodzielnie spełniał warunek udziału w postępowaniu, a w skutek złożenia przez niego oferty nie zostały naruszona ani zasada konkurencji ani zasada równego traktowania wykonawców, a ponadto nawet w sytuacji wystąpienia D. ze składu konsorcjum w dalszym ciągu istnieje możliwość należytego wykonania zamówienia przez Odwołującego, a należy mieć na uwadze, że głównym i zasadniczym celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wyłonienie takiego wykonawcy, który daje należyłą rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.



CZAS NIEZBĘDNY DO WPROWADZENIA ZMIAN W OFERTACH

**OBOWIĄZEK ZAMAWIAJĄCEGO DO PRZEDŁUŻENIA TERMINU SKŁADANIA OFERT O
CZAS NIEZBĘDNY DO WPROWADZENIA ZMIAN W OFERTACH JEST SKORELOWANY Z
OBIEKTYWNĄ KONIECZNOŚCIĄ ZAPEWNIENIA WYKONAWCOM MOŻLIWOŚCI
PRZYGOTOWANIA OFERTY**

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

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

Jeżeli zmiana, o której mowa w art. 271 ust. 2 ustawy Pzp, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach (art. 271 ust. 3 ustawy Pzp).

Przepis art. 271 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy zmian nieistotnych treści ogłoszenia o zamówieniu, a więc zmian, które nie dotyczą w szczególności określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. W przypadku zmian nieistotnych treści ogłoszenia o zamówieniu ustawodawca wymaga, aby zamawiający przedłużył termin składania

ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, jeżeli jest to konieczne (art. 271 ust. 2 ustawy Pzp). Z przepisu art. 271 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że przedłużenie terminu składania ofert jest uwarunkowane koniecznością zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach. Ocenę takiej konieczności ustawodawca pozostawia zamawiającemu. O tym, czy termin złożenia oferty zostanie przedłużony decyduje zamawiający. Decyzja zamawiającego w tym zakresie musi być poprzedzona rzetelną analizą dokonanej zmiany.

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

Dokonując oceny, czy w sprawie doszło do naruszenia art. 271 ust. 2 ustawy Pzp nie można abstrahować od okoliczności konkretnego

przypadku oraz wpływu modyfikacji SWZ na przygotowanie ofert przez zainteresowanego wykonawcę. Obowiązek zamawiającego do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach jest skorelowany z obiektywną koniecznością zapewnienia wykonawcom możliwości przygotowania oferty.

Przepis art. 271 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do zmian istotnych treści ogłoszenia o zamówieniu i ma szczególne znaczenie, ponieważ nakłada na zamawiającego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach, jeżeli zmiany treści ogłoszenia są istotne, w szczególności dotyczące kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania.

Celem art. 271 ust. 3 ustawy Pzp jest zagwarantowanie wykonawcom czasu niezbędnego dla przygotowania lub wprowadzenia zmian w ofertach, w przypadku dokonania przez

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

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

W wyroku z dnia 19 lipca 2016 r., IV SA/GI 989/15



(LEX nr 2098954) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach zgadzając się z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2011 r., KIO/KU 109/11 uznał, że do zmian istotnych ogłoszenia, powodujących konieczność stosownego wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy zmiana sposobu opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, czy polega na „zaostrzeniu” czy też „złagodzeniu” wymagań formułowanych pod adresem wykonawców. Zdaniem Sądu nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający, po zakwalifikowaniu odpowiadającego mu grona wykonawców, na tyle zaostrzyłby warunki udziału w systemie za pomocą zmiany ogłoszenia, iż żaden z innych, potencjalnych wykonawców nie byłby w stanie ich spełnić. Sąd uznał, że nawet z pozoru drobna modyfikacja w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, choćby polegała na zmianie jednego słowa lub doprecyzowaniu określeń użytych w treści wymogów postawionych wykonawcom, jest z definicji zmianą istotną i rodzi obowiązek zachowania terminu określonego w art. 12a ust. 2 Pzp/2004 (aktualnie art. 271 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku trybu podstawowego).

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

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

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

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp (aktualnie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.



INFORMACJA Z KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO DOTYCZĄCA CZŁONKA ZARZĄDU, KTÓRY ZŁOŻYŁ REZYGNACJĘ (wyrok z dnia 4 września 2019 r., KIO 1796/19)

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp2004 (aktualnie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp2004 jednoznacznie wskazuje na „urzędującego członka organu”, a więc wymóg wykazania niekaralności nie dotyczy członka organu, który złożył rezygnację.

Jeżeli na dzień uzupełnienia dokumentów członek zarządu złożył rezygnację, nie ma podstaw do oczekiwania, że wykonawca złoży wówczas informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą tej osoby.

Wbrew argumentacji Odwołującego, nie pozwala to na dowolną wymianę członków zarządu w trakcie postępowania, jeżeli zostaną prawomocnie skazani - wykonawca ma nie podlegać wykluczeniu przez cały okres od momentu złożenia ofertą.

Wykonawca składa oświadczenie, że spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu przez cały okres związania ofertą, od momentu jej złożenia. Odwołujący zarzut nieprzedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani W. opierał również na tym, że nie złożyła ona skutecznej rezygnacji z funkcji członka zarządu. W odwołaniu bardzo dokładnie analizował dokument rezygnacji, dopatrywał się jego nieważności czy nieprawdziwości, wskazując m.in. na „długą cienką czerwoną linię”, znajdującą się na dokumencie.

Natomiast na rozprawie oświadczył, że udał się do Krajowego Rejestru Sądowego, gdzie uzyskał dostęp do akt rejestrowych, w których znajduje się rezygnacja Pani W. z funkcji członka zarządu. Zrobił fotokopię rezygnacji i przedłożył na rozprawie. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że skoro Pani W. skutecznie złożyła rezygnację z funkcji członka zarządu (co ostatecznie przyznał sam Odwołujący na rozprawie, składając do akt postępowania odwoławcze-go jej rezygnację), to złożenie dotyczącej jej informacji z KRK nie było konieczne. Jak wyżej wskazano, informacja z Krajowego Rejestru Karnego ma dotyczyć „urzędującego członka zarządu” (art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp2004).

Na dzień uzupełnienia dokumentów Pani W. nie była członkiem zarządu. Wykonawca złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu – obejmuje ono wszystkie podstawy wykluczenia, w tym art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp2004. Odwołujący mógłby podważyć to oświadczenie, np. wykazując, że osoba, która zrezygnowała z funkcji członka zarządu po złożeniu oferty, była karana. Możliwe, że niejako wyprzedzająco, aby uniknąć takiej argumentacji, Przystępujący złożył do akt postępowania informację z Krajowego Rejestru Karnego Pani W. – nie ma więc znaczenia, że została ona złożona po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu. Okoliczność, że Przystępujący przekazał Zamawiającemu informację z Krajowego Rejestru Karnego,

dotyczącą Pani W., po upływie wyznaczonego terminu, również była szeroko podnoszona przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego złożenie tego dokumentu po terminie w świetle wcześniej opisanych okoliczności (rezygnacji Pani W.) nie ma znaczenia. Tenże dokument zostać uznany jako wyprzedzające wyjaśnienia, wskazujące, że zmiana członków zarządu nie była związana z tym, że ktoś był karany/nie było możliwe uzyskanie dla niego informacji z Krajowego Rejestru Karnego. W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty odnoszące się do braku przedłożenia informacji z KRK.



REFERENCJE W POSTACI E-MAILA (wyrok z dnia 26 kwietnia 2021 r., KIO 902/21)

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp2004 (aktualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp), w tym między innymi do złożenia wykazu zrealizowanych usług, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały zrealizowane należycie.

Wykonawca jako poświadczenie należytego wykonania przedłożył korespondencję mailową z podmiotami, na rzecz których prace były realizowane. O ile zgodzić się trzeba z zamawiającym, że dokumenty te jako takie nie muszą zawierać wszystkich danych zawartych w wykazie, ich rolą jest jednak potwierdzenie należytego wykonania prac w tym wykazie opisanych.

Oznacza to z jednej strony, że wystawca dokumentu musi poświadczyć należyte wykonanie zamówień, z drugiej zaś, że musi istnieć możliwość powiązania referencji z odpowiednią pozycją z wykazu.

Skoro referencja ma potwierdzać należyte wykonanie prac, które w treści wykazu są opisane, to musi istnieć możliwość ich połączenia w jakikolwiek sposób. W tym przypadku elementu tego brakuje.

I tak np. w odniesieniu do zamówienia wyszczególnionego i opisanego w poz. 1 wykazu - tłumaczenia pisemne na rzecz podmiotu H. wykonawca przedkłada e-mail od tego podmiotu, w którym stwierdza się, że: „usługi wykonywane na rzecz H. realizowane w okresie od 30 grudnia 2018 r. do dzisiaj zostały wykonane należycie”.

Nie wiadomo zatem nawet o jakie usługi chodzi czy dotyczy to tłumaczeń, a jeśli tak jaki był ich zakres, a zatem czy jest to zamówienie opisane w wykazie.

Analogicznie, w przypadku usług wymienionych w poz. 2 wykazu.

Treść poświadczenia jest podobna, tym samym powiązanie zamówień wynikających z treści złożonego wykazu i e-maila jest niemożliwe.

Już tylko z tego powodu zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, których treść nie potwierdzała, że określone, wymienione w wykazie usługi, zostały wykonane należycie.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła również zastrzeżenia odwołującego co do formy składanych dokumentów.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że tzw. „referencje” tj. stanowiska osób poświadczających należyte wykonanie mają charakter oświadczenia, które może istnieć w dwóch formach. Możliwe jest zatem ich przedstawienie w formie papierowej (którą wykonawca może skonwertować do formy elektronicznej i następnie poświadczyć za zgodność z oryginałem) lub w formie oryginalnego dokumentu elektronicznego. Taki dokument z kolei wymaga opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przez osobę wystawiającą ten dokument.

Wykonawca złożył poświadczenia należytego wykonania, które są wiadomościami e-mail. Te z kolei są odpowiedzią na pytania tego wykonawcy (również w formie e-mail). Owa korespondencja,

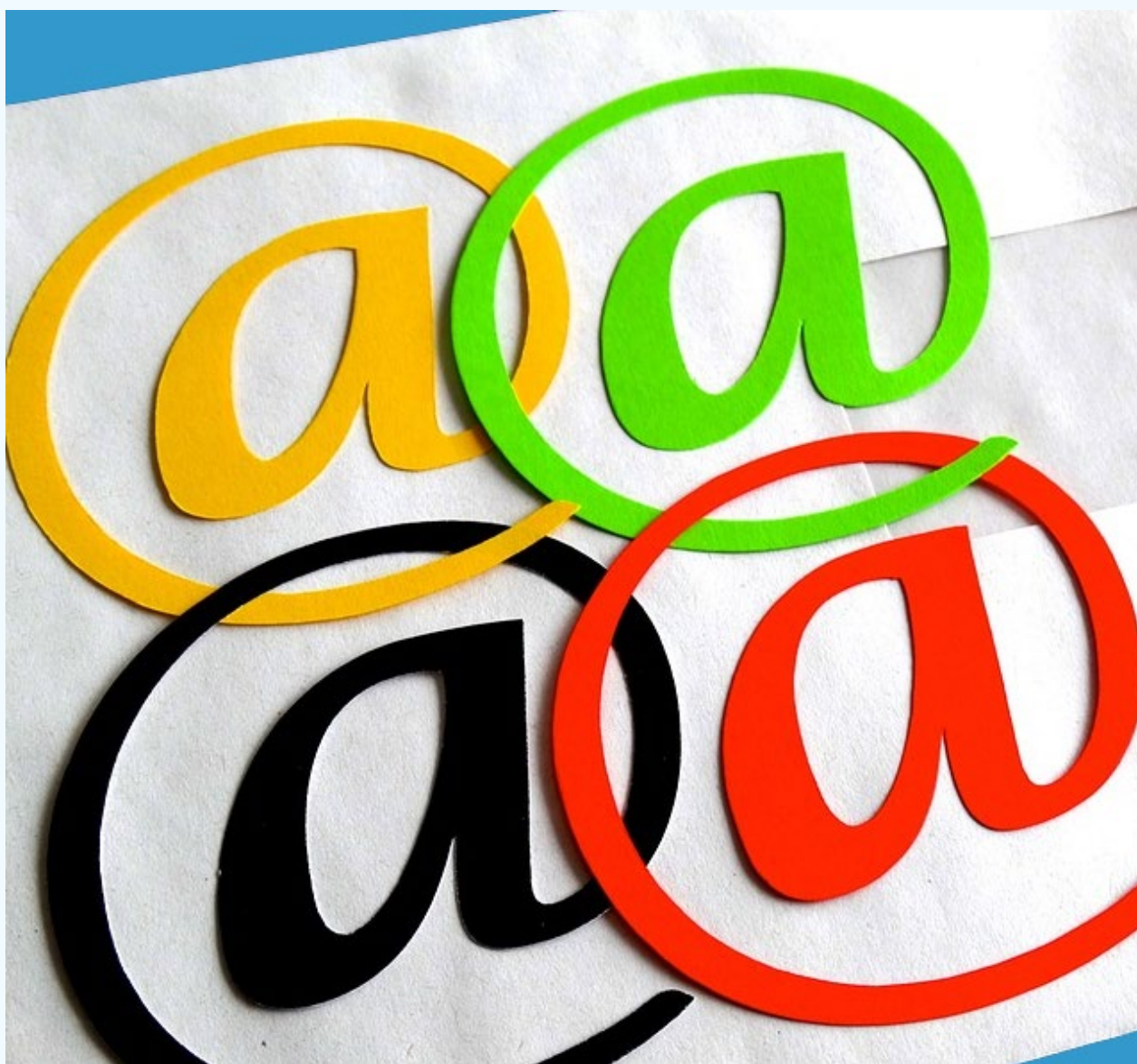
prowadzona pomiędzy wykonawcą a podmiotami wskazanymi w wykazie usług, nie może być uznana za prawidłową w zakresie, w jakim wymaga się złożenia tych dokumentów we właściwej formie. Zastosowanie w tym przypadku znajdą, przywoływane przez odwołującego przepisy, w tym rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1261).

Zgodnie z § 4 tego rozporządzenia dokumenty elektroniczne przekazywane za pośrednictwem

środków komunikacji elektronicznej, o których mowa w § 2 ust. 1, są sporządzane w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

Za taki dokument elektroniczny nie sposób uznać wiadomości e-mail.

Tym samym, niezależnie od ich treści, referencje nie zostały również wystawione w sposób prawidłowy tj. w postaci dokumentu opatrzonego podpisem odręcznym ani dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.



JAK BADAĆ RAŻĄCO NISKĄ CENĘ W ZAMÓWIENIACH NA USŁUGI PROJEKTOWE

USŁUGI PROJEKTOWE RÓWNIEŻ CECHUJĄ SIĘ SPECYFIKĄ WŁAŚCIWĄ DLA
WSZYSTKICH USŁUG OPARTYCH NA PRACY INTELEKTUALNEJ WYKWALIFIKOWANEJ
KADRY I TRUDNOŚCIĄ W USTALENIU SZACUNKOWEJ WARTOŚCI TAKICH USŁUG

Procedura udzielania wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny jest rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę nierealną rynkowo.

W wyroku z dnia 31 lipca 2019 r., KIO 1358/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odrzuceniu nie powinny podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia.

Wartość wynagrodzenia za realizację usług opartych na pracy intelektualnej nie zawsze więc musi stanowić miarodajną podstawę do stwierdzenia, że cena całkowita oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Usługi projektowe należy zaliczyć do tzw. „usług miękkich” (podobnie jak usługi nadzoru inwestorskiego, usługi inżyniera kontraktu), których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi, uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku.

W wyroku z dnia 17 października 2016 r., KIO 1737/16 uznano, że w przypadku usług, których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku,

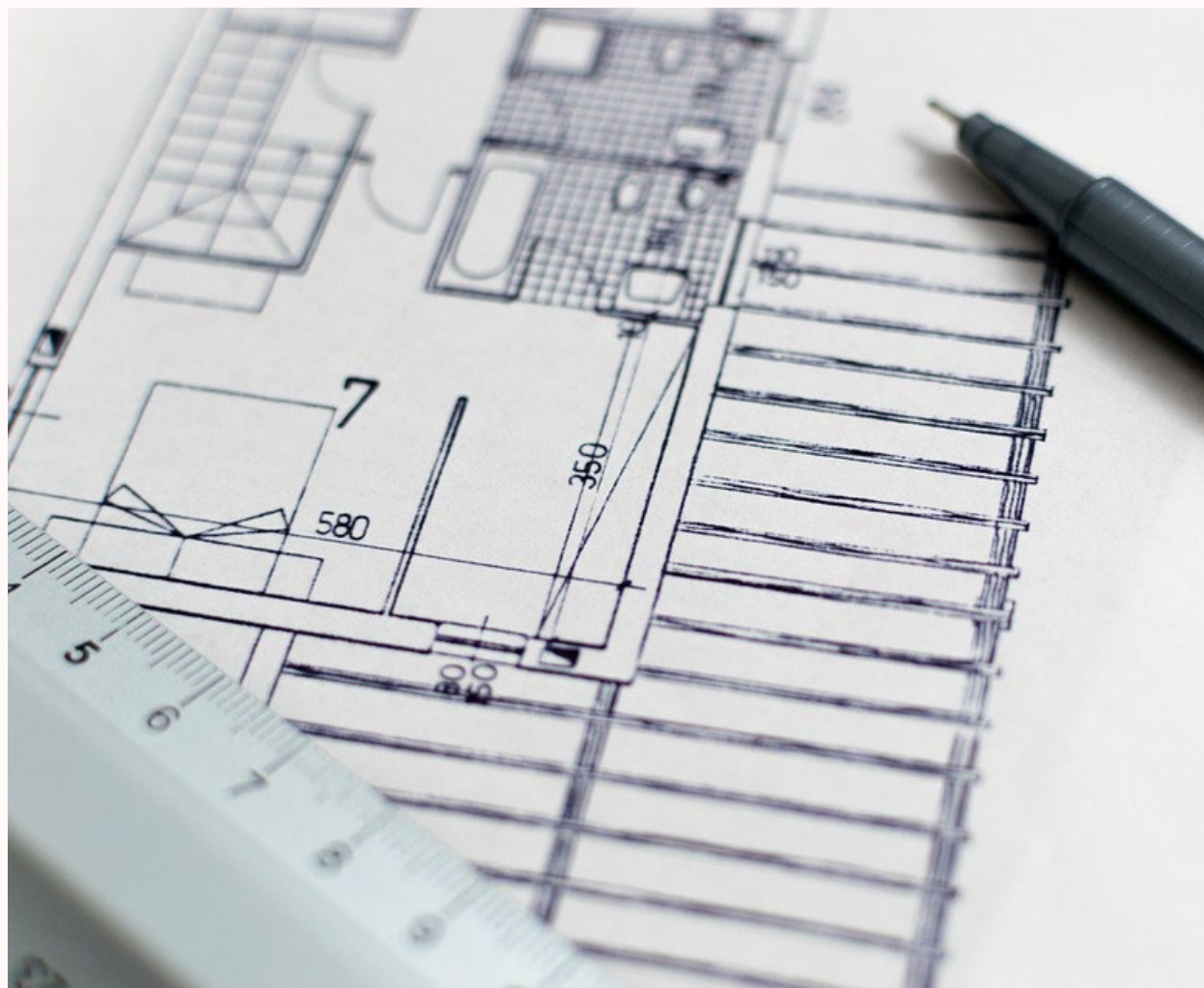
koszty materiałowe, koszty stałe oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego tego typu usługę oscylują w okolicach kilkunastu procent (niezwykle rzadko przekraczają 20%) ceny całkowitej. Oznacza to, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę (...). Założenie takie jest wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca, którą ma świadczyć - Państwo zaś w tym zakresie poza jej minimalną wartością nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów.

Usługi projektowe również cechują się specyfiką właściwą dla wszystkich usług opartych na pracy intelektualnej wykwalifikowanej kadry i trudnością w ustaleniu szacunkowej wartości takich usług. Wynika to z faktu, że o cenie decydują w dużej mierze czynniki niezależne całkowicie od okoliczności związanych z przedmiotem zamówienia - mogących obejmować takie elementy jak: dogodność dla wykonawcy i osób świadczących usługę miejsce realizacji świadczenia, zaangażowanie osób realizujących w

usługę w inne projekty, w tym projekty położone na zbliżonym obszarze, dodatkowe dochody uzyskiwane przez osoby przewidziane do świadczenia tego typu usług (zatrudnienie w ramach innych stosunków, świadczenia emerytalne, rentowe itp.), znajomość miejsca świadczenia usług oraz znajomość innych uczestników procesu budowlanego, w tym znajomość potrzeb i specyficznych oczekiwań podmiotu zamawiającego oraz potencjał wykonawczy podmiotu, który będzie realizował roboty budowlane i prace projektowe. Czynniki te powodują bowiem znaczne trudności z ustaleniem wartości zamówienia oraz w procedurze wyjaśniania, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

W wyroku z dnia 10 stycznia 2020 r., KIO 2635/19 Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na wyrok z dnia 31 lipca 2019 r., KIO 1358 uznała, że w

przypadku kalkulacji ceny za usługi miękkie wykonawca bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób realizujących ww. usługi, które mogą być znacząco zróżnicowane dla poszczególnych wykonawców ze względu na specyfikę takich kosztów. Jak Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w treści uzasadnienia: „Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca, którą ma świadczyć - ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów”



CZY WIELKOŚĆ ODPISU NA PFRON MOŻE BYĆ KRYTERIUM OCENY OFERT

NA ZAMAWIAJĄCYM CIĄŻY OBOWIĄZEK PRZYGOTOWANIA I PRZEPROWADZENIA
POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA W SPOSÓB ZAPEWNIAJĄCY
ZACHOWANIE UCZCIWEJ KONKURENCJI

W wyroku z dnia 18 października 2019 r., X Ga 488/19 Sąd Okręgowy w Gliwicach zgodził się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 9 sierpnia 2019 r., KIO 1430/19, że zapisy SIWZ odnoszące się do sposobu obliczenia ceny są sprzeczne z przepisem art. 91 ust. 3 Pzp2004, stanowiącym, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. W ocenie Sądu treść punktu 14 SIWZ wprowadzała i preferowała wykonawców, funkcjonujących w oparciu o przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, które stwarzają zamawiającemu możliwość obniżenia wpłat na PFRON. Zapisy te nie spełniają też wymagań określonych w art. 7 Pzp2004 (aktualnie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać

określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Jakkolwiek pomoc państwa dla zakładów pracy chronionej jest dozwolona, stanowiąc wyjątek od zasady, że pomoc publiczna jest zakazana, to nie oznacza to rozszerzenia tego wyjątku na całokształt stosunków gospodarczych, w jakich uprzywilejowane podmioty uczestniczą, w tym w ramach postępowań przetargowych, bo w tej sytuacji dochodziłoby do nierównego traktowania wykonawców.

W wyroku z dnia 9 sierpnia 2019 r., KIO 1430/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że obniżenie wpłat na PFRON nie jest odpowiednikiem upustu, rabatu czy bonifikaty. Terminy te używane są bowiem na określenie obniżenia ceny, natomiast ulga na PFERON wynika z ustawy i wiąże się ze spełnieniem szeregu wymagań przez wykonawcę, w tym od zatrudnienia odpowiedniej ilości osób o odpowiednim stopniu niepełnosprawności, oraz spełnieniu wymagań przez kupującego tj. dokonania zapłaty za zakupiony towar lub usługę.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że bez znaczenia dla oceny zarzutów przedstawionych w odwołaniu jest zatem okoliczność, iż zamawiający na skutek zastosowanych w SIWZ mechanizmów uzyska w przyszłości dodatkowe korzyści z zawarcia umowy z danym wykonawcą, który zobowiąże się do zapewnienia zamawiającemu ulg w odpisach na PFERON.

ETAPY POSTĘPOWANIA W PRZYPADKU BADANIA WYLICZENIA CENY LUB KOSZTU

(uchwała z dnia 27 stycznia 2017 r., KIO/KU 3/17)

Odrzucenie oferty ze względu na wystąpienie ceny potencjalnie rażąco niskiej zostało ujęte w dwóch przepisach ustawy Pzp, tj. art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, w której zamawiający istnienie takiej ceny stwierdzi: „zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp mówi natomiast o sytuacji, w której zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Przepis art. 226 ust. 6 ustawy Pzp ten stanowi zatem podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień i stanowi narzędzie mobilizacji wykonawców do składania wyjaśnień poprzez nałożenie sankcji za ich nieudzielenie.

Zgodnie z przyjętymi w orzecznictwie poglądami przesłanka ta obejmuje również sytuacje, w których wykonawca co prawda prześle zamawiającemu stosowne pismo, lecz nie będzie ono w swojej treści zawierało rzeczywistych wyjaśnień - chodzi tu bowiem o realność, a nie pozorność działania wykonawcy, czyli rzeczywiste

złożenie wyjaśnień, a nie jedynie dopełnienie formalności poprzez przedstawienie w odpowiedzi pisma „Wyjaśnienia” nie zawierającego konkretnych, żądanych treści.

Sytuacja, w której wykonawca, pomimo wezwania, w ogóle niełoży wyjaśnień, jest łatwa do zakwalifikowania.

Problemem jednak jest ocena działania wykonawcy, który wyjaśnienia co prawdałoży, ale nie będą one wystarczająco wyczerpujące - w takim wypadku każdorazowo indywidualnej ocenie podlega, czy wyjaśnienia takie uznać za niezłożone w ogóle i ofertę odrzucić, czy też podlegające uzupełnieniu (dalszym wezwaniom) albo też poddać ocenie zamawiającego bez uzupełnienia (przy czym w takim wypadku braki te w konsekwencji mogą skutkować negatywną oceną oferty).

Ocena indywidualna takiej sytuacji jest konieczna i w żaden sposób nie może zostać pominięta. Należy ją rozpocząć od oceny kilku elementów stanu faktycznego zaistniałego w danym postępowaniu.

Pierwszym elementem jest podstawa faktyczna wezwania do złożenia wyjaśnień.

Drugim elementem jest treść oferty w zakresie ceny.

Trzecim elementem jest treść wezwania zamawiającego.

Czwartym elementem jest treść odpowiedzi wykonawcy.

Oceniając wyjaśnienia wykonawcy nie sposób bowiem nie rozpocząć od treści wezwania do wyjaśnień.

Należy tu zauważyć, że nawet jeśli zamawiający w ogóle nie był przekonany co do konieczności pozyskania takich wyjaśnień i jeśli zdecydował się na nie wyłącznie z powodu dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, to powinien zrobić to prawidłowo.

W uchwale z dnia 27 stycznia 2017 r., KIO/KU 3/17, zwrócono uwagę, że wezwanie zamawiającego sprowadzało się do ogólnikowego wskazania: „działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy (...) zwracam się do Państwa o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla zamówienia.”

W dalszej części zamawiający wskazał: „wyjaśnienie powinno wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia i wskazać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał niezbędny do oceny, które czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona.

Tym samym to na Wykonawcy ciąży obowiązek przekazania właściwych merytorycznie informacji i dowodów, które mają lub mogą mieć wpływ na wysokość skalkulowanej ceny całkowitej oferty.

Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.”

Zatem zamawiający zwraca się do wykonawcy po prostu o „złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla zamówienia”, w sytuacji, w której posiada 700-stronicowy kosztorys ofertowy z tysiącami elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, z którego ta cena bezpośrednio wynika.

Powstaje więc pytanie: co w takiej sytuacji musi odpowiedzieć wykonawca, aby usatysfakcjonować zamawiającego obszernością swoich wyjaśnień?

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający powinien zatem wskazać, jak to wynika z art. 90 ust. 1 Pzp2004, elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Trudno bowiem w takiej sytuacji oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień i przedstawiania dowodów „na wszystko”, zwłaszcza przy tylu pozycjach kosztorysowych (choć owszem, poszczególni wykonawcy w konsekwencji, na wszelki wypadek, przedstawili zamawiającemu całe segregatory dokumentów, jakie posiadali, aby tylko ich oferty nie zostały odrzucone, ale takie działanie zmierza wprost do sytuacji absurdalnych, które powinno się eliminować).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie można bowiem doprowadzić do tego, by wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp2004 stało się narzędziem stanowiącym pretekst do łatwej eliminacji wykonawców z postępowania, choć ich oferty są poważne.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się z poglądem zaprezentowanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że zamawiający nie ma obowiązku formułować wezwania do wyjaśnień w sposób wskazujący na konkretne elementy wyceny oferty, które wykonawca ma wyjaśnić.

Mając już przedstawione elementy wyceny oferty, zamawiający wręcz nie może się do nich nie odnieść, jeśli uważa je za potencjalnie rażąco niskie (chyba że w wyjaśnieniach w ogóle chodzi o jakieś inne, dodatkowe elementy wyceny).

Działanie zamawiającego musi być racjonalne, aby i wykonawca w odpowiedzi mógł podjąć racjonalne działanie.

Szczegółowe wezwanie ze strony zamawiającego nie tylko mogłoby „ułatwić” wykonawcy udzielenie wyjaśnień, jak wskazuje Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, ale często w ogóle wręcz je umożliwić. Należy zwrócić uwagę, że przy dużych robotach budowlanych można wskazać setki czynników cenotwórczych.

Owszem, w orzecznictwie akceptuje się sytuację, w której wezwanie zamawiającego jest jedynie ogólne, ale w przypadku, gdy zamawiający dysponuje jedynie ceną globalną oferty (bez kosztorysu czy formularza cenowego) i to jako pierwszy etap wyjaśnień, które potem mogą zostać ukierunkowane i uszczegółowione.

W sytuacji, w której zamawiający nie wskaże, o jakie konkretnie informacje i dowody mu chodzi, wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i które sam uważa za istotne i trudno mu z tego robić zarzut (nie ma też innego wyjścia).

Dopiero czwartym elementem jest treść odpowiedzi wykonawcy.

Dokonując oceny wyjaśnień oczywiście w pierwszej kolejności bierze się pod uwagę ich wartość merytoryczną, ale ocenia się także to, czy wykonawca zignorował wezwanie (np. nie odpowiedział na zadane pytania), czy też starał się udzielić wyczerpujących wyjaśnień, nawet jeśli mu się to nie do końca udało.

Przewidziane w art. 90 ust. 3 Pzp2004 odrzucenie oferty ze względu na brak wyjaśnień jest bowiem rodzajem „kary” dla wykonawcy za zignorowanie wezwania zamawiającego, a nie za to, że jego działanie nie było idealne - a tym bardziej, nie może on zostać ukarany odrzuceniem oferty za wadliwe działanie zamawiającego, który nie sprecyzował zakresu wyjaśnień. Również w tym przypadku ma zastosowanie zasada: „jakie pytanie, taka odpowiedź”.

Gdyby więc prośba zamawiającego o przedstawienie wyjaśnień elementów ceny była

skonstruowana w sposób prawidłowy, tj. w swej treści zawierałaby informacje odnośnie tego, czego w wyjaśnieniach oczekuje zamawiający, to wtedy można również od wykonawcy oczekiwać prawidłowej odpowiedzi, czyli zawierającej informacje, których zażądał zamawiający.

Co do możliwości wystosowania drugiego lub kolejnego wezwania - jak najbardziej jest to możliwe, jednak zależy od okoliczności danej sprawy: przede wszystkim od treści pierwszego wezwania zamawiającego oraz treści udzielonej odpowiedzi, a także treści oferty (czy zawiera ona jedynie cenę globalną, czy szczegółowy kosztorys). Jeżeli wezwania są dokonywane przez zamawiającego poprawnie, to w sposób naturalny każde kolejne będzie doprecyzowaniem wyjaśnień uprzednio udzielonych.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na treść art. 90 ust. 3 Pzp2004 i wspomniane powyżej narzędzie w postaci (konieczności) odrzucenia oferty w przypadku braku udzielenia wyjaśnień. Zatem w każdym wypadku należy indywidualnie wyważyć, kiedy, w przypadku wyjaśnień o niewystarczającej wartości merytorycznej, w zakresie już poczynionych wyjaśnień należy wystosować dodatkową prośbę o wyjaśnienia, a kiedy ofertę od razu odrzucić.

W orzecznictwie wskazywane jest też, że kolejne wezwanie może stanowić również korektę nieprawidłowego pierwszego wezwania - warto tu zauważyć, że w swoim drugim wezwaniu zamawiający również powinien był takiej korekty dokonać i wskazać bardziej szczegółowo, jakich informacji oczekuje.



ZMIANY UMOWY OKREŚLONE LIMITAMI 10 ORAZ 15%

**DLA OCENY DOPUSZCZALNOŚCI DOKONANIA ZMIANY UMOWY W SPRAWIE
ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA PODSTAWIE ART. 455 UST. 2 USTAWY PZP
BEZ ZNACZENIA POZOSTAJĄ FAKTYCZNE PRZYCZYNY RODZĄCE KONIECZNOŚĆ
WPROWADZENIA ZMIAN DO UMOWY**

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

Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp stanowi wdrożenie do ustawy Pzp przepisu art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE zamówienia można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w art. 72 ust. 4 lit. a) - d) dyrektywy 2014/24/UE zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości: progi określone w art. 4 dyrektywy 2014/24/UE; oraz 10% pierwotnej wartości

umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane. Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

Użyte w art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE sformułowanie „Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) zostały spełnione” oznacza, że na gruncie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku zmiany zawartej umowy na podstawie tego przepisu, zamawiający nie musi badać, czy zmiana będzie zmianą istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp.

Dla oceny dopuszczalności dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp bez znaczenia pozostają zatem faktyczne przyczyny rodzące konieczność wprowadzenia zmian do umowy.

W przypadku zmiany umowy dokonanej na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie musi sprawdzać, czy zmiana ma charakter istotny, czy nieistotny, wystarczy bowiem, że łączna wartość zmian jest mniejsza niż progi

unijne określone w obwieszczeniu Prezesa Urzędu zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2021 r. poz. 11) oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15%, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może dokonywać wielu zmian umowy, o ile zostanie zachowany limit wartościowy zmian, o którym mowa w tym przepisie oraz a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

W ramach limitów 10% i 15% należy uwzględniać zarówno zmiany umowy zwiększające, jak i zmniejszające wartość pierwotną umowy.

W Komentarzu UZP zwraca się uwagę, że „Konieczne jest zatem łączne uwzględnianie skumulowanej wartości poszczególnych zmian. W świetle przywołanych regulacji na gruncie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp nie znajduje zatem uzasadnienia zarówno: potrącanie wartości zmian dokonanych in minus ze zmianami in plus, jak również pomijanie w obliczeniach zmian zmniejszających wartość umowy, np. z uwagi na zaniechanie realizacji określonych świadczeń i opieranie się tylko na zmianach tę wartość zwiększających.”

Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter samodzielny i stanowi odrębną podstawę zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Znajduje to odzwierciedlenie w treści wspomnianego wcześniej art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24UE, którego transpozycją w polskim porządku prawnym jest art. 455 ust. 2 ustawy Pzp.

Użyte w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp sformułowanie „łącznej wartości zmian umowy” nie obejmuje zatem zmiany wartości umów dokonywanych na podstawie innych przesłanek określonych w art.

455 ust. 1 ustawy Pzp, np. zmian umowy na art. 455 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Oznacza to, że przesłanka z art. 455 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter autonomiczny względem innych, jest przesłanką samoistną, co rodzi konsekwencje także na gruncie dokonywania oceny pojęcia „łącznej wartości zmian”. Pojęcie to może być bowiem interpretowane jedynie w kontekście pierwotnych kwot wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego (jednoznaczna w tym brzmieniu treść art. 455 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE), ewentualnie z uwzględnieniem wskazanych w tej umowie kwot waloryzacyjnych lub innych podobnych (np. art. 436 pkt 4, art. 439 i art. 455 ust. 4 ustawy Pzp). Odnoszenie zatem „łącznej wartości zmian”, o której mowa w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp do wartości zmian umowy dokonanych np. na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Użyte w art. 455 ust. 2 ustawy Pzp sformułowanie „łącznej wartości zmian umowy” nie obejmuje zatem zmian wartości pierwotnej umowy dokonywanych na podstawie innych przesłanek określonych w art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.

Zmiana umowy w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia. Zastosowanie art. 455 ust. 2 ustawy Pzp jest niedopuszczalne, gdy zmiana umowy polegałaby na podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy wskutek zmiany ceny realizacji świadczenia lub cen jednostkowych.

Przepis art. 455 ust. 2 ustawy Pzp może być stosowany w przypadku przyjęcia w umowie wynagrodzenia kosztorysowego, ryczałtowego, a także mieszanego (kosztorysowo-ryczałtowego).



POLISA OC AKTUALNA NA DZIEŃ SKŁADANIA OFERT CZY NA DZIEŃ JEJ ZŁOŻENIA

(wyrok z dnia 23 maja 2022 r., KIO 1200/22)

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania A. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. dokumentu potwierdzającego, że A. był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w zakresie wymaganym w SWZ w dacie złożenia oferty.

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (art. 125 ust. 3 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie,

nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków Przewidzianych przepisem.

Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy

będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz robót budowlanych, polisa OC itp. nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Odnosząc się do ww. zarzutu Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż stanowisko Odwołującego było prawidłowe w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych. Bezsprzecznie wykonawca A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp nie tylko nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale wprost potwierdził, że w chwili złożenia oferty był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną niższą niż wymagana przez Zamawiającego w ramach warunku, tj. 3 500 000 zł. Ze złożonych przez A. dokumentów podmiotowych jednoznacznie wynika, że Przystępujący w ramach polisy nr (...) w okresie od 12 maja 2021 r. do 7 kwietnia 2022 r. był ubezpieczony na sumę 3 400 000 zł, a jedynie dla okresu od 8 kwietnia 2022 r. do 11 maja 2022 r. suma ubezpieczenia została podwyższona do 3 500 000 zł. Z powyższego wynika zatem, iż Przystępujący był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą w SWZ sumę gwarancyjną dopiero w dniu 8 kwietnia 2022 r., tj. 1,5 miesiąca po upływie terminu składania ofert (22 lutego 2022 r.). Jednocześnie zauważyć należy, iż wykonawca A. wraz z ofertą złożył oświadczenie JEDZ stanowiące dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż rację miał Odwołujący, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a

stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w przywołanych wyżej przepisach ustawy Pzp, w szczególności art. 125 ust. 3, z którego wprost wynika, iż składane przez wykonawców oświadczenie JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Uzasadnienie ww. reguły znajduje umocowanie także w art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Powyższe przepisy nie pozostają w sprzeczności z akcentowanym przez Przystępującego art. 126 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącym, że podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego mają być aktualne na dzień złożenia. Podkreślić jednak należy, iż podnoszonej przez Przystępującego „aktualności” dokumentu nie można mylić z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia.

W tym miejscu za wyrokiem z dnia 13 marca 2020 r., KIO 430/20, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wskazać należy, że: „Data wystawienia dokumentu może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak, warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o

ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż w świetle przepisów ustawy Pzp nie jest dopuszczalne legitymowanie się przez wykonawcę ochroną ubezpieczeniową w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez zamawiającego sumę gwarancyjną uzyskaną dopiero 1,5 miesiąca po upływie terminu składania ofert, co miało miejsce w realiach niniejszej sprawy.

Innymi słowy, na podstawie przedstawionej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr (...) wykonawca A. nie wykazał, że spełniał sporny warunek udziału w postępowaniu w zakresie części 4 zamówienia na dzień złożenia oferty oraz że stan ten (spełnienie warunku) trwał aktualnie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2022 r.

W świetle powyższego nie można uznać, iż A. wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W konsekwencji Zamawiający powinien wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.



CZY SUMA GWARANCYJNA UBEZPIECZENIA MOŻE PRZEKRACZAĆ WARTOŚĆ ZAMÓWIENIA

CELEM ŻĄDANIA POLISY UBEZPIECZENIOWEJ JEST OCENA SYTUACJI
EKONOMICZNEJ I FINANSOWEJ POTENCJALNEGO WYKONAWCY,
A NIE POTWIERDZENIE UBEZPIECZENIA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Jaką sumę gwarancyjną ubezpieczenia zamawiający może wskazać w warunku udziału w postępowaniu?

Czy suma gwarancyjna ubezpieczenia może przekraczać wartość zamówienia?

Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia spełnia dwojaką rolę. Żądanie wykazania, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wykazania, jest elementem weryfikacji sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy ocenianym przez zamawiającego w toku badania zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Stawianie takiego warunku udziału w postępowaniu ma zweryfikować, po pierwsze, zdolność wykonawcy do bycia ubezpieczonym, a po drugie zdolność wykonawcy do zapłaty składki ubezpieczeniowej za określoną przez zamawiającego sumę gwarancyjną ubezpieczenia.

Ustawodawca zakłada, że wykonawca, którego ubezpieczyciel zdecydował się objąć ochroną ubezpieczeniową opiekującą na sumę gwarancyjną wynikającą z treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i który jest w stanie spełnić świadczenie w postaci opłacenia składki ubezpieczeniowej znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Jeżeli zamawiający żąda od wykonawcy wykazania, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na określoną sumę gwarancyjną ubezpieczenia, musi przestrzegać zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Przed wszystkim zamawiający powinien przestrzegać zasady określonej w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający określając warunek

udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, powinien określić ten warunek w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Co to oznacza w przypadku żądania, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia?

Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu nie może żądać, aby wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na tak wysoką sumę

gwarancyjną ubezpieczenia, że zapłata składki ubezpieczeniowej będzie utrudniała ubieganie się wykonawcy (który mógłby wykonać zamówienie) o udzielenie zamówienia, co nie oznacza, że suma gwarancyjna ubezpieczenia nie może przekraczać wartości zamówienia. tj. umożliwiałby ze względu na wysokość składki ubezpieczeniowej, uzyskanie ubezpieczenia OC jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców.

Wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczenia nie może powodować, że tylko jeden wykonawca lub kilku wykonawców będzie w stanie spełnić taki warunek udziału w postępowaniu, a inni wykonawcy, którzy będą w stanie wykonać zamówienie, ze względu na wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczenia, nie będą w stanie ubezpieczyć c się na żadaną sumę gwarancyjną



ubezpieczenia.

Celem żądania polisy ubezpieczeniowej jest ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej potencjalnego wykonawcy, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy na dzień składania ofert, wyznacza w istocie nie tyle suma gwarancyjna ubezpieczenia, co kwota składki, którą wykonawca jest w stanie w danym momencie zapłacić w celu zawarcia umowy ubezpieczenia. To ona wyznacza poziom potencjału finansowego danego wykonawcy na dzień złożenia oferty.

Nie istnieje zatem korelacja między wartością zamówienia a wysokością sumy gwarancyjnej ubezpieczenia.

W toku jednej z kontroli uznano, że „wysokość sumy gwarancyjnej polisy OC winna pozostawać w korelacji kwotowej z wartością przedmiotu zamówienia, gdyż taka zależność zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców, wyłączając tym samym podmioty niezdolne do jego realizacji. Jeżeli więc wartość przedmiotu zamówienia miała wynieść około 3 000 000 zł brutto, a wymagana kwota minimalna suma ubezpieczenia została określona w SIWZ na to należało stwierdzić, iż sformułowane przez Gminę wymagania wobec polisy OC są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wartość polisy OC ustalona na kwotę 5 000 000 zł., niewspółmiernie przewyższała wartość szacunkową zamówienia, co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ustalony warunek ekonomiczny nie służył osiągnięciu zamierzonego celu, przez co należy oceniać go jako nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Z takim stanowiskiem nie zgodził się sąd uznając, że „pojmowanie przedmiotu zamówienia jedynie przez pryzmat wartości zamawianych usług wyrażonej w postaci ceny (wynagrodzenia umownego), jest wyrazem nieuprawnionej zawężającej jego wykładni. Ustawodawca nie posłużył się bowiem określeniem proporcjonalny

do „wartości przedmiotu zamówienia” lecz proporcjonalny do „przedmiotu zamówienia”. To ostatnie pojęcie jest niewątpliwie pojęciem szerszym od „wartości przedmiotu zamówienia”. Oznacza więc, że określając warunek w postaci sumy gwarancyjnej polisy ubezpieczenia OC z tytułu działalności gospodarczej oferenta, zamawiający mógł brać pod uwagę wszystkie elementy składające się na zakres przedmiotowy umowy, tj. nie tylko jej wartość, ale także czas realizacji kontraktu, jego kompleksową formułę zawierającą się w systemie zaprojektuj i wybuduj, poziom trudności, inne warunki realizacji szczegółowo opisane w SIWZ, itp. Co więcej, powinien uwzględniać także i to, że zamówienie publiczne pozyskane przez tego wykonawcę, z istoty nie musi być jedynym realizowanym przez niego zadaniem, lecz może być jedynym z wielu zadań wykonywanych przez tego przedsiębiorcę równolegle. W ramach zamówień publicznych nie ma bowiem podstaw do stawiania potencjalnym wykonawcom wymogu realizacji umowy na zasadzie wyłączności. Tej okoliczności nie można pominąć przy ocenie ustalonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Ma być ono przecież realizowane przez wykonawcę, którego sytuacja ekonomiczna i finansowa zapewnia prawidłowe wykonanie umowy, zaś sytuację tę odzwierciedla między innymi wartość sumy gwarancyjnej posiadanej przez wykonawcę polisy OC. Reasumując, w świetle tych argumentów, w realiach rozpoznawanej sprawy, pojęcie „proporcjonalności” (...) nie może być interpretowane wąsko i sprowadzane jedynie do „korelacji”, rozumianej jako ścisła zależność pomiędzy wartością polisy OC a przedmiotem zamówienia, postrzeganym wyłącznie przez pryzmat jego wartości.”



ZAMÓWIENIA PUBLICZNE Z UWZGLĘDNIENIEM PRAWA OPCJI

JEŻELI ZAMAWIAJĄCY PRZEWIDUJE PRAWO OPCJI, KAŻDORAZOWO OKREŚLA
GWARANTOWANY POZIOM ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO,
KTÓRY ZOSTANIE NA PEWNO ZREALIZOWANY

Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej pojęcia „opcja”.

Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp).

Na podstawie art. 441 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: określają rodzaj i maksymalną wartość opcji, określają okoliczności skorzystania z opcji i nie modyfikują ogólnego charakteru umowy. Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcję z naruszeniem art. 441 ust. 1 ustawy Pzp podlegają unieważnieniu.

Opisanie opcji zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp jest konieczne, ponieważ opcja, o ile jest przewidziana, jest niezbędnym składnikiem opisu przedmiotu zamówienia i na podstawie informacji określonych w tym przepisie zamawiający opisuje sposób obliczenia ceny, a wykonawca dokonuje obliczenia ceny oferty, na którą składa się cena części gwarantowanej i cena opcji.

Cena części gwarantowanej i cena opcji to cena całkowita podanej w ofercie.

Jeżeli zamawiający przewidział opcję i żąda wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie. Zabezpieczenie można ustalić w wysokości większej niż w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający powinien opisać w SWZ lub innych dokumentach zamówienia (zob. art. 452 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Jeżeli zamawiający przewidział opcję i żąda wniesienia wadium, określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia (np. przetarg nieograniczony) lub 1,5% wartości zamówienia (np. tryb podstawowy) ustalonej zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp („Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji (...”).

Natomiast, jeżeli zamawiający przewiduje udzielanie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 lub art. 388 pkt 2 lit. b i c, lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, określa kwotę wadium tylko dla wartości zamówienia podstawowego (art. 97 ust. 4 ustawy Pzp).

Jeżeli zamawiający przewiduje prawo opcji, każdorazowo określa gwarantowany poziom zamówienia publicznego, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na obliczenie ceny oferty, oraz dodatkowy zakres, którego realizacja będzie uzależniona od określonych w umowie okoliczności skorzystania z opcji i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi, on skorzystać.

Opcja jest instytucją, która zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia tylko w zakresie gwarantowanym. Zamawiający może żądać realizacji zamówienia objętego opcją, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, tj. w zakresie gwarantowanym i opcji. Wykonawcy nie przysługuje prawo domagania się realizacji opcji.

Przedmiot opcji jest w sposób integralny związany z przedmiotem części gwarantowanej, a tym samym musi zostać opisany z uwzględnieniem zasad wynikających z art. 99 ustawy Pzp dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: określają rodzaj i maksymalną wartość opcji, określają okoliczności skorzystania z opcji i nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

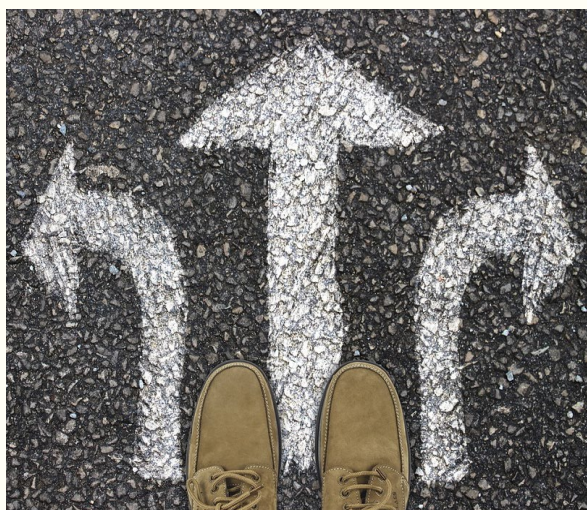
Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeżeli zamawiający przewidział opcję, kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie obejmuje opcji. Przepis art. 255 pkt 3 ustawy Pzp nie nakłada bowiem na zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, ani też nie umożliwia wykonawcy badania rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego. Opcja nie jest zobowiązaniem zamawiającego, dlatego nie jest

uwzględniana w kwocie, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie musi posiadać środków na wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie opcji. Opcja nie jest również ograniczona wartością procentową w stosunku do zamówienia podstawowego.

Realizacja opcji może (ale nie musi) nastąpić w zależności od potrzeb zamawiającego i na skutek jego dyspozycji, przy czym zakres zamówienia objęty opcją, jak i okoliczności skorzystania z opcji, powinny być one opisane zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określić, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający może oprócz prawa opcji skorzystać także z zamówień uzupełniających, ale tylko od samego zamawiającego zależy, którą z instytucji uzna on za dogodniejszą. Prawo opcji może być dogodniejsze dla zamawiającego, ponieważ dotyczy ono danej umowy, a nie odrębnego zamówienia i odrębnej umowy zawieranej w trybie z wolnej ręki.

Nie jest też wykluczona sytuacja, w której zamawiający przewidzi zarówno prawo opcji, jak też zamówienia, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 lub art. 388 pkt 2 lit. b i c, lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.



USTALENIE CZY WYKONAWCA W SPOSÓB ZAWINIONY POWAŻNIE NARUSZYŁ OBOWIĄZKI ZAWODOWE

W PRZECIWIENSTWIE DO POJĘCIA WINY ZWROT „POWAŻNE NARUSZENIE OBOWIĄZKÓW ZAWODOWYCH” JEST WYRAŻENIEM NIEDOOKREŚLONYM, DLATEGO TEŻ WYMAGA KAŻDORAZOWO INDYWIDUALNEJ OCENY WYKONAWCY W ODNIESIENIU DO KONKRETNEGO STANU FAKTYCZNEGO

Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Ustalenie czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, musi nastąpić poprzez analizę środków dowodowych, a nie na podstawie uprawdopodobnienia.

Rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie

odbiega od modelu należytego zachowania się wykonawcy.

Elementem koniecznym do ustalenia, czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa, jest ustalenie standardu staranności, jakim powinien wykazać się wykonawca.

Rażące niedbalstwo to niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu wykonawcy winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez niego w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej.

W praktyce występują problemy ze stosowaniem pojęcia rażącego niedbalstwa.

Nie każde naganne zachowanie wykonawcy może zostać zakwalifikowane jako rażące niedbalstwo. Rażące niedbalstwo jest elementem winy nieumyślnej, a ta podlega stopniowaniu - mamy do czynienia z lekkomyślnością, niedbalstwem i rażącym niedbalstwem. W przypadku art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dopiero wystąpienie rażącego

niedbalstwa wiąże się z możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W wyroku z dnia 30 stycznia 2017 r., KIO 2199/16, zwrócono uwagę, że „Szczegółowa analiza treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp2004 (aktualnie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy ma być zawinione. Pojęcie winy było wielokrotnie przedmiotem opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego, toteż powielanie teoretycznej analizy w tym miejscu jest zbędne. (...) wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) - sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć. W przeciwieństwie do przytoczonego powyżej pojęcia winy zwrot „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest wyrażeniem niedookreślonym, dlatego też wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego.

W interpretacji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pomocne jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r., C-465/11 (Forposta) orzekł że: „Pojęcie „poważnego wykroczenia” zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty

budowlane, dostawy i usługi należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność dany wykonawca”.

O kwalifikacji danego zachowania wykonawcy jako rażącego niedbalstwa decyduje zamawiający, jednakże zawsze na podstawie środków dowodowych. W sprawie C-465/11, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonując szczegółowej analizy pojęcia poważnego wykroczenia zawodowego stwierdził, że pojęcie to obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, przy czym „powaga wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.



BADANIE SKUTECZNOŚCI ZASTRZEŻENIA INFORMACJI ZAWIERAJĄCYCH TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

**ZASTRZEŻENIU JAKO TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA PODLEGAJĄ INFORMACJE
NIE ZE WZGLĘDU NA ICH RODZAJ, LECZ TYLKO ZE WZGLĘDU NA ZAWARTĄ W NICH
TREŚĆ I TYLKO W ZAKRESIE, Z KTÓREGO TA TREŚĆ BEZPOŚREDNIO WYNIKA**

Z przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż z przekazaniem takich informacji. To na wykonawcy, zastrzegającym taką informację, spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia. Wykonawca powinien uczynić to jednocześnie z samym zastrzeżeniem. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia oznacza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Oznacza to również, że wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które, poza tym postępowaniem, mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w skrócie „**uznk**”).

W sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę lub podmiotowe środki dowodowe (np. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia) zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał, iż

stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, należy poddać analizie sposób realizacji wykazywania (udowodniania) przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 **uznk**, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

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

W aktualnym stanie prawnym warunkiem koniecznym dla zachowania poufności informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest złożenie przez wykonawcę powołującego się na tajemnicę, nie później, niż z przekazaniem takich informacji, informacji, że dana informacja nie może być udostępniana oraz wykazania, iż ta informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi zaprezentować wywód przedstawiający argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nie ujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Co do zasady wykonawca powinien szczegółowo wyjaśniać, czy w odniesieniu do zastrzeganej informacji zachodzą wszystkie przesłanki do uznania takiej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

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

Na zamawiającym spoczywa natomiast obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie, informacji zawartych w ofercie wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać czy faktycznie zaistniały przesłanki objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może zatem bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. W tym przypadku koniecznym jest ustalenie czy zastrzeżona informacja ma charakter

technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny.

W następnej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął on w celu zachowania poufności informacji.

W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje niespełniające przesłanek uznania, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści ofert.

Bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

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

Jeżeli wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle art. 11 ust. 2 uznk, zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.



RAŻĄCO WYGÓROWANA KARA UMOWNA I MIARKOWANIE KARY UMOWNEJ

SAMA DYSPROPORCJA, NAWET ZNACZNA, NIE UZASADNIA ZARZUTU O RAŻĄCYM WYGÓROWANIU KARY UMOWNEJ, A O STANIE RAŻĄCEGO WYGÓROWANIA MOŻNA NATOMIAST MÓWIĆ W SYTUACJI, GDY KARA UMOWNA JEST RÓWNA BĄDŹ ZBLIŻONA DO WARTOŚCI ZOBOWIĄZANIA

Kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną.

Na gruncie ustawy Pzp kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy. Dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika zobowiązań umownych oraz wagę tych naruszeń. Przede wszystkim dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Dłużnik może również żądać obniżenia kary gdy jest ona rażąco wygórowana.

Miarkowanie kary umownej polega na jej zmniejszeniu dla wyeliminowania dysproporcji między wysokością kary a odpowiadającym jej interesom wierzyciela. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. sądom przysługuje samodzielna kompetencja ukształtowania kary umownej w oparciu o dwie przesłanki, tj. wykonania zobowiązania w znacznej

części lub rażąco wygórowania kary (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2017 r., VI ACa 1869/15).

Sąd może miarkować karę umowną w dwóch przypadkach określonych w art. 484 § 2 k.c.:

- 1) jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana;
- 2) gdy pomiędzy odszkodowaniem, jakie wierzyciel otrzymałby w razie dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, a karą umowną zachodzi rażąca dysproporcja.

„Rażąco wygórowanie” jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej.

Kryterium oceny rażącego wygórowania może być także relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia

zarzutu o rażąco wygórowaniu kary umownej, a o stanie rażącego wygórowania można natomiast mówić w sytuacji, gdy kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania. Celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, ażeby on swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Przyjmuje się, że stan „rażącego wygórowania” istnieje m.in. wtedy, gdy dłużnik nie wykona zobowiązania lub wykonana je nienależyte, a wierzyciel nie poniesie szkody (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 października 2018 r., I AGa 111/18).

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, a brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastycznienie stosowania konstrukcji miarkowania. Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W ocenie Sądu najbardziej ogólnym kryterium oceny jest „stosunek pomiędzy wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego i dopuszczalne jest również przyjęcie jako punktu odniesienia wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem. Sąd zwrócił również uwagę, że dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości.

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu

opóźnienia, jak i wtedy, gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Przy czym, zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej może uwzględniać łączne stosowanie obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania, gdy kara umowna, po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części, nadal pozostaje rażąco wygórowana (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13).

W wyroku z dnia 27 lutego 2013 r., I ACa 99/13, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zwrócił uwagę, że stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 28 listopada 2013 r., I ACa 539/13, zwrócił natomiast uwagę, że orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza możliwość uwzględnienia stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej. Jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną.

Ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej

strony itp. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14).

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

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



UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA, JEŻELI ŚRODKI PUBLICZNE PRZEZNACZONE NA SFINANSOWANIE ZAMÓWIENIA, NIE ZOSTAŁY ZAMAWIAJĄCEMU PRYZNANE

ZAMAWIAJĄCY MOŻE BOWIEM PODJĄĆ DECYZJĘ, IŻ POMIMO NIEPRYZNANIA ŚRODKÓW PUBLICZNYCH, KTÓRE ZAMAWIAJĄCY ZAMIERZAŁ PRZEZNACZYĆ NA SFINANSOWANIE CAŁOŚCI LUB CZĘŚCI ZAMÓWIENIA, BĘDZIE W STANIE ZREALIZOWAĆ (SFINANSOWAĆ ZAMÓWIENIE) Z WŁASNYCH ŚRODKÓW LUB ŚRODKÓW POCHODZĄCYCH Z INNYCH ŹRÓDEŁ

W postępowaniu o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w: (1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo (2) zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki (art. 257 ustawy Pzp).

W postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a

możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w: (1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym albo partnerstwa innowacyjnego albo (2) zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

W przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 257 i art. 310 ustawy Pzp (dawniej art. 93 ust. 1a Pzp2014) zamawiający musi wykazać, że środki, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, a które nie zostały mu przyznane, to środki publiczne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (a więc nie tylko środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA)). Warunkiem koniecznym jest również zamieszczenie informacji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 257 i art. 310

ustawy Pzp, w zależności od trybu udzielenia zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do negocjacji. Podkreślenia wymaga, że zamieszczenie informacji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 257 i art. 310 ustawy Pzp, tylko w SWZ, nie uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Użyte w przepisach art. 257 i 310 ustawy Pzp wyrażenie „jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane” oznacza nie tylko sytuację, gdy zamawiający otrzymał informację od podmiotu, które miał przyznać środki publiczne na sfinansowanie całości lub części zamówienia, o nieprzyznaniu takich środków, a także gdy została cofnięta decyzja o przyznaniu takich środków.

Zamawiający musi posiadać dowód, że środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane. Podstawą unieważnienia postępowania na podstawie przepisów art. 257 i 310 ustawy Pzp nie może być uprawdopodobnienie lub tylko przypuszczenie zamawiającego, że środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostaną mu przyznane.

Użyte w przepisach art. 257 i 310 ustawy Pzp wyrażenie „jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane” nie oznacza, że nieprzyznanie środków, o którym mowa w tych przepisach, ogranicza się jedynie do sytuacji ich nieuzyskania, pomimo podjęcia takich starań przez zamawiającego. Za nieprzyznanie środków, o którym mowa w art. 257 i 310 ustawy Pzp należy uznać również sytuację, gdy cofnięcie uprzednio przyznanego dofinansowania nastąpi w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Nieprzyznanie środków, o którym mowa w art. 257 i 310 ustawy Pzp musi jednak nastąpić z przyczyn niezależnych od zamawiającego, tj. w sytuacji, gdy

zamawiający czynił starania o przyznanie dofinansowania lub po przyznaniu dofinansowania, utrata dofinansowania nastąpiła z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego (od niego niezależnych). Unieważnienie postępowania na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp będzie zatem niemożliwe, gdy nieprzyznanie dofinansowania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w tym również, gdy cofnięcie finansowania nastąpiło z inicjatywy zamawiającego.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy „środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane”, co nie oznacza brak tych środków z dowolnych przyczyn (np. niewystąpienia o ich przyznanie), lecz wyłącznie wtedy, gdy zamawiający podejmował starania o wsparcie i nie otrzymał go. Analogicznie należy przyjąć, że cofnięcie uprzednio przyznaných środków nie może wynikać z braku dołożenia przez zamawiającego starań, aby finansowanie utrzymać (zob. wyrok z dnia 8 grudnia 2015 r., KIO 2610/15).

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają żadnych ograniczeń co do terminu unieważnienia postępowania na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp. Zamawiający może unieważnić postępowanie na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp, na każdym etapie postępowania (zarówno przed upływem terminu składania ofert, jak i po upływie tego terminu, a także po wynegocjowaniu warunków umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki). Zamawiający może zatem unieważnić postępowanie na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp, jeżeli wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia przed uzyskaniem dofinansowania, następnie otrzymał dofinansowanie i w toku postępowania utracił dofinansowanie.

Przepisy art. 257 i 310 ustawy Pzp pozostawiają decyzję co unieważnienia postępowania zamawiającemu. Zamawiający może bowiem podjąć decyzję, iż pomimo nieprzyznania środków publicznych, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części

zamówienia, będzie w stanie zrealizować (sfinansować zamówienie) z własnych środków lub środków pochodzących z innych źródeł.

W opinii „Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp” Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „Zamawiający jest zatem uprawniony do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku wypełnienia dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1a Pzp2004 - do jego unieważnienia, nie tylko w sytuacji, gdy na skutek pozytywnej weryfikacji jego wniosku o dofinansowanie pod względem formalnym i merytorycznym wygrał określony konkurs, jednak z jakiś przyczyn (np. zmiany kursu euro, przesunięć środków w ramach projektu, itp.) dofinansowania nie uzyskał, ale także w przypadku, gdy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopiero planując ubieganie się o uzyskanie dofinansowania na realizację określonego projektu i przygotowywał stosowną dokumentację, działając z należytą starannością w przekonaniu, że ma szansę uzyskać określone środki, ale do zawarcia stosownej umowy nie doszło. A zatem, dyspozycja przepisu art. 93 ust. 1a Pzp2004 nie została zawężona tylko do przypadku, w którym zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego działał w uzasadnionym przekonaniu, że będzie dysponował kwotą na wykonanie przedmiotu zamówienia lub refinansowaniem wydatków poniesionych w związku z realizacją zamówienia, jednakże w wyniku decyzji podmiotu zewnętrznego, którego udziałem miało być finansowanie danego przedsięwzięcia, środki te nie zostały mu przyznane, ale obejmuje również sytuacje, w których zamawiający jedynie liczył na uzyskanie określonych środków, do czego ostatecznie nie doszło. Ze względu na wielość możliwych stanów faktycznych wynikających z praktycznego zastosowania powyższej regulacji, nie jest uzasadnione dokonywanie przeglądu i analizy poszczególnych przypadków, co stanowi uzasadnienie dla twierdzenia, że okoliczności stanowiące podstawę do unieważnienia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1a ustawy Pzp powinny być rozpatrywane *ad casum*.”

Urząd Zamówień Publicznych zwraca również uwagę, że „Jeśli umowa w sprawie dofinansowania projektu nie zostanie ostatecznie podpisana, lub zostanie wprowadzicie podpisana, ale w innym od pierwotnego kształcie, zamawiający może nie być w stanie ponieść ciężaru sfinansowania całości zamówienia ze środków własnych bez uszczerbku dla wykonywania innych swoich zadań. Dlatego niezbędne było wyraźne wskazanie możliwości unieważnienia postępowania w takich sytuacjach. Jednocześnie, celem zapewnienia pełnej przejrzystości, ustawodawca wprowadził obowiązek uprzedniego informowania wykonawców o możliwości takiego unieważnienia.”

O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 260 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający musi również udostępnić niezwłocznie informacje o unieważnieniu postępowania z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 260 ust. 2 ustawy Pzp).

Ponadto, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia (art. 262 ustawy Pzp).



CZY ROZWIĄZANIE UMOWY MOŻE BYĆ PODSTAWĄ DO UDZIELENIA ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI

**OCENA CZY MAMY DO CZYNIEŃ Z NIEPRZEWIDYWALNOŚCIĄ
SYTUACJI, POWINNA BYĆ DOKONYWANA KAŻDORAZOWO Z UWZGLĘDNIENIEM
OKOLICZNOŚCI KONKRETNEJ SPRAWY, NIEMNIEJ JEDNAK ROZWIĄZANIE UMOWY
NIEZALEŻNIE OD OKOLICZNOŚCI, W JAKICH DO NIEGO DOSZŁO
DO TAKICH OKOLICZNOŚCI NIE NALEŻY**

W wyroku z dnia 24 marca 2022 r., XXIII Zs 130/21 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że warunkiem zaś zastosowania trybu z wolnej ręki w warunkach określonych w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, na które powołał się zamawiający, jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: wyjątkowość sytuacji, sytuacja ta nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Sąd zwrócił uwagę, że za zasadniczo nieprzewidywalne należy uznać przypadki obejmujące zdarzenia losowe, np. klęski żywiołowe, katastrofy, powódzie, pożary, trzęsienia ziemi. W ocenie Sądu „nie może uzasadniać zastosowania trybu z wolnej ręki sama okoliczność upływu terminu na sfinansowanie inwestycji czy ryzyko utraty finansowania. Co prawda, ocena czy mamy do czynienia z nieprzewidywalnością sytuacji, powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, niemniej jednak rozwiązanie umowy (niezależnie od okoliczności, w jakich do niego doszło) do takich okoliczności nie należy. Tym bardziej, że w

przedmiotowej sprawie pomiędzy uczestnikami istniał spór, zamawiający uprzednio doprowadził do rozwiązania części umów wiążących go z przeciwnikiem skargi, co więcej - negocjacje mające na celu polubowne załatwienie spornych zagadnień pomiędzy uczestnikami także prowadzone były przez kilka miesięcy, a to wskazuje na skomplikowane relacje pomiędzy uczestnikami. Trudno zatem te okoliczności uznać za wyjątkowe i nieprzewidywalne.

Generalnie rozwiązywanie umów przez strony nie jest czymś nadzwyczajnym. Nie jest to z całą pewnością zdarzenie wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego. Przede wszystkim jednak okoliczności, w jakich uczestnicy zakończyli współpracę w niniejszej sprawie (zatem długotrwałe rozmowy, konflikt, uprzednie rozwiązanie części umów przez zamawiającego) powodują, iż z całą pewnością rozwiązania umowy nie można uznać za sytuację nadzwyczajną. W szczególności bowiem, gdy istnieje spór pomiędzy stronami umowy sytuacja, w której dochodzi ostatecznie do rozwiązania umowy, jest jak najbardziej przewidywalna, a na pewno nie powinna być zaskoczeniem. W takich okolicznościach, wbrew twierdzeniom skarżącego, równoległe prowadzenie przez niego trybów konkurencyjnych nie oznaczałoby prowadzenia

negocjacji w złej wierze, czy też niejako „na wszelki wypadek”.

W kontekście powyższego Sąd podzielił dalszą część ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynikało, że analiza terminów, jakie wiązałyby się z przeprowadzeniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, prowadziła do wniosku, iż wybór Inżyniera Kontraktu, mógłby nastąpić w terminie 3-4 miesięcy. Zatem po upływie tego terminu, przez okres około 20 miesięcy, umowa mogłaby być realizowana przez wykonawcę wyłonionego w postępowaniu przeprowadzonym z zachowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Powyższej oceny nie zmieniały argumenty podniesione w skardze albowiem prowadziły one do wniosku, że co najmniej 6 z 13 zadań mogłoby zostać zrealizowanych w tym trybie. Ponadto nie zachodził element konieczności realizacji następujących po sobie etapów przez tą samą osobę. Charakter zadań zleconych Inżynierowi Kontraktu na to nie wskazywał.

Sąd zgodził się z Krajową Izbą Odwoławczą, że efekty pracy Inżyniera Kontraktu na każdym etapie są dokumentowane, co pozwala na ewentualną kontynuację zadań przez inną osobę. Powyższa ocena jest tym bardziej uzasadniona, że - jak przyznał skarżący podczas rozprawy - w dniu 4 lutego 2022 r. otwarto nieograniczony przetarg. Co prawda postępowanie to rozpisane było na inne zadania niż objęte przedmiotowym postępowaniem skargowym, niemniej jednak w sytuacji, gdyby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 15 października 2021 r., KIO 2454/21 został utrzymany w mocy przez Sąd, warunkowo przetarg nieograniczony przewidywał także zadania objęte przedmiotowym postępowaniem. Takie działanie skarżącego dowodzi zatem, iż uwzględniana jest przez niego ewentualność, iż Inżynierem Kontraktu może nie być wykonawca Ł. G., który pełni tę funkcję do czasu wydania rozstrzygnięcia przez tut. Sąd skargi. Podważa to tym bardziej zasadność argumentacji skarżącego zmierzającej do wykazania, iż wobec charakteru umowy o pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu (w szczególności jego ciągłości) błędne jest ustalenie Izby, zgodnie z którym linią podziału pomiędzy zamówieniem mogącym być ewentualnie udzielonym w trybie konkurencyjnym a zamówieniem, które mogłoby zostać udzielone w trybie niekonkurencyjnym, jest niezbędny czas do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym szacowany na 3-4 miesiące. Sąd uznał, że w świetle wszystkich powyższych okoliczności ma zatem rację Krajowa Izba Odwoławcza, iż nie można uznać, że zakres zamówienia udzielanego z wolnej ręki jest konieczny i niezbędny do usunięcia skutków rozwiązania umów przez przeciwnika skargi.

Skoro zatem nie wystąpiły wszystkie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, to niezasadnie zostało udzielone przez zamawiającego zamówienia z wolnej ręki, co z kolei musiało skutkować unieważnieniem umowy, stosownie do treści art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp.



CZY WYPOWIEDZENIE UMOWY Z WYKONAWCĄ MOŻE BYĆ UZNANE ZA SYTUACJĘ WYJĄTKOWĄ

CZY ROZWIĄZANIE UMOWY PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO MOŻE UZASADNIĄĆ
ZASTOSOWANIE TRYBU ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI ZE WZGLĘDU
NA WYJĄTKOWOŚĆ SYTUACJI, KTÓREJ NIE MOŻNA BYŁO PRZEWIDZIEĆ

Gmina W. oraz W. 2012 Sp. z o.o. (Zamawiający, wspólnie przeprowadzający postępowanie i udzielający zamówienia) w trybie z wolnej ręki, z powołaniem się na przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004 zawarli umowę na realizację zadania publicznego, której przedmiotem było „Kontynuowanie budowy nowego Stadionu we W. wraz z wykonaniem projektów wykonawczych”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę postępowania, w wyniku której stwierdzono naruszenie przez Zamawiających art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004, ponieważ „przedstawione przez Zamawiających argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała wyjątkowa sytuacja, której Zamawiający nie mogli przewidzieć oraz nie można było zachować terminów przewidzianych dla innych trybów udzielania zamówień, a tym samym Zamawiający nie wykazali spełnienia wszystkich przywoływanych przez siebie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszyli art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poczynił w toku kontroli następujące ustalenia co do okoliczności faktycznych będących podstawą do decyzji Zamawiających o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki:

Po rozwiązaniu w dniu 30 grudnia 2009 r. umowy zawartej pomiędzy Zamawiającymi a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia: M. S.A., J. S.A., „W.” S.A. oraz M. Sp. z o.o. (zwanymi dalej „konsorcjum M.” bądź „dotychczasowym wykonawcą”), której przedmiotem było „wykonanie projektów wykonawczych dla nowego stadionu przy ul. Drzymały we W. oraz budowa stadionu”, Zamawiający uznali, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po ich stronie, której nie mogli oni przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a wobec faktu, że nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia powstała konieczność udzielenia zamówienia na kontynuowanie rozpoczętych prac przy budowie stadionu w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 15 stycznia 2010 r. skierowali zaproszenie do

negocjacji do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: M. GmbH & Co. KG z siedzibą w S. (Niemcy), M. Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz B. S.A. z siedzibą w W.

W dniu 16 stycznia 2010 r. B. S.A. wycofał się z negocjacji, w związku z czym kolejne zaproszenie w dniu 16 stycznia 2010 r. skierowano pozostałym wykonawcom, współtworzącym uprzednio konsorcjum: do M. GmbH & Co. KG oraz M. Sp. z o.o. (dalej „M.”).

W tym samym dniu, tj. 16 stycznia 2010 r. została zawarta umowa na „Kontynuowanie budowy nowego Stadionu we W. wraz z wykonaniem projektów wykonawczych” z M. w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004.

Zamawiający swoje postępowanie uzasadniali następująco:

Rozwiązanie umowy z dotychczasowym wykonawcą stadionu nie nastąpiło z winy Zamawiających, ale przyczyna leżała po stronie dotychczasowego wykonawcy: konsorcjum M. nie wywiązywało się z umowy w takim stopniu, że dalsza realizacja zamówienia nie była możliwa (brak zorganizowania prac, niedostatki kadrowe, nieumiejętność koordynacji robót, wynikiem czego były narastające opóźnienia, sięgające 90 dni).

Zamawiający zobowiązani byli zakończyć budowę stadionu do 30 czerwca 2011 r., bowiem stadion winien być testowany przez co najmniej jeden pełen sezon ligowy najwyższej grupy rozgrywkowej przed rozpoczęciem meczów turniejowych w ramach Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej EURO 2012 (dalej „EURO 2012”). Konsekwencją zagrożenia niedotrzymania powyższego terminu miała być możliwość odebrania Gminie W. praw do organizacji meczów w ramach turnieju finałowego EURO 2012. W dniu 15 stycznia 2012 r. Zamawiający otrzymali pismo Union of European Football Associations (UEFA), organizatora turnieju, wzywające do przedłożenia do dnia 25 stycznia 2010 r. m.in. nowego budżetu i zaktualizowanej listy ryzyk.

Zamawiający obliczyli, posilając się opiniami ekspertów, że samo wykonanie pozostałych robót budowlanych zajęłoby 15 miesięcy, do czego należy dodać 2 miesiące na niezbędną mobilizację placu budowy, aby zapewnić prawidłowe prowadzenie robót, co w efekcie daje 17 miesięcy pełnego cyklu technologicznego dokończenia budowy stadionu.

Zamawiający wskazywali również na straty, jakie niewątpliwie powstałyby w przypadku, gdyby stadionu nie udało się wybudować w planowanym terminie (budowa stadionu jest związana z organizacją Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej EURO 2012; gdyby zadania nie udało się zrealizować w planowanym terminie, pod znakiem zapytania stanęłaby dalsza realizacja i finansowanie tej i innych inwestycji powiązanych z organizacją turnieju).

Wymienione powyżej terminy uniemożliwiały również, w ocenie Zamawiających, zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zastosowanie innego trybu zamówienia uniemożliwiłoby bowiem przedstawienie organom UEFA podpisanej umowy, obejmującej całość prac w terminie do 25 stycznia 2010 r., a także natychmiastowe rozpoczęcie realizacji inwestycji, a w konsekwencji - jej terminowe ukończenie (do 30 czerwca 2011 r.). Zamawiający założyli, opierając się na danych zawartych w sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za rok 2008, że nowe postępowanie trwałoby około 4,5 miesiąca (średni czas trwania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego został wyliczony na 127 dni, inne tryby - z uwagi na dłuższy czas trwania - nie były brane pod uwagę). Zamawiający uznali, że nawet w wypadku maksymalnego skrócenia terminów, postępowanie trwałoby ponad miesiąc i termin zawarcia umowy - 25 styczeń 2010 r. nie zostałby zachowany. Dodatkowo, Zamawiający zwrócili uwagę na ryzyko przedłużenia postępowania w związku z możliwością korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej (czas rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą oszacowano na 15-17

dni, zaś rozpoznania skargi przez sąd na 30-48 dni).

Zamawiający w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki wskazali również na doświadczenie M. w budowie stadionów w krótkich terminach, szeroką wiedzę na temat budowy stadionu uzyskaną w toku uprzednio prowadzonego postępowania przetargowego, a także posiadane kwalifikacje, doświadczenie i zdolności organizacyjne, których gwarancję miała stanowić punktacja (88 na 100 punktów), uzyskana z tytułu posiadanego doświadczenia i potencjału kadrowego w postępowaniu, którego przedmiotem była budowa stadionu. W ocenie Zamawiających, ta wiedza i doświadczenie miały gwarantować ukończenie budowy stadionu w wyznaczonym przez UEFA terminie tj. do dnia 30 czerwca 2011 r.

Zamawiający podnosili, że stopień zaawansowania robót w dotychczasowej umowie był tak niewielki, że można było całą sytuację potraktować analogicznie jak uchylenie się wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą od podpisania umowy i zawarcie umowy z następnym wykonawcą z rankingu ofert.

Z takim stanowiskiem nie zgodził się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający nie wykazali, że zaistniała sytuacja stanowi sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć: niewłaściwa realizacja umowy oraz jej rozwiązanie przez Zamawiających nie może być uznana za taką, albowiem jest sytuacją występującą w stosunkach handlowych i nie wykracza poza normalne uwarunkowania gospodarcze.

Fakt rozwiązania umowy przez zamawiającego nie może uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkowość sytuacji, której nie można było przewidzieć. Jest to bowiem jedno z ryzyk gospodarczych przewidywanych w umowach, szczególnie w przypadkach złożonych inwestycji, realizowanych w napiętym harmonogramie czasowym, tak jak ma to miejsce w

przedmiotowej sprawie (co podkreślają również sami Zamawiający). Świadczą o tym chociażby zapisy zawartej umowy (...) przewidujące możliwość rozwiązania umowy w trakcie jej trwania w przypadku wystąpienia określonych w niej okoliczności (...). Trudno z góry zakładać, że okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy wystąpią w trakcie jej wykonywania, niemniej jednak niedochowanie terminów realizacji zamówienia w szczególności robót budowlanych realizowanych (jak sami podkreślają Zamawiający) w napiętym harmonogramie jest okolicznością, z której wystąpieniem zamawiający musi się liczyć.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił również uwagę, że w przedmiotowej sprawie samo rozwiązanie umowy nie może stanowić okoliczności wyjątkowej oraz nieprzewidywalnej, albowiem była to decyzja podjęta przez samych Zamawiających. Odpowiednie zapisy w umowie określają bowiem sami Zamawiający, którzy przewidują możliwość rozwiązania umowy i jej procedurę.

Zamawiający w przedmiotowym przypadku w świetle zapisów umowy mieli ponadto swobodę w doborze środków i możliwości ich zastosowania, co dodatkowo odbiera im (w tym przypadku rozwiązaniu umowy) atrybut nieprzewidywalności. Mimo ścisłego powiązania przyczynowo-skutkowego zdarzeń prowadzących do rozwiązania umowy i w konsekwencji konieczności udzielenia kolejnego zamówienia, przymiot nieprzewidywalności konkretnych pierwszych opóźnień w realizacji umowy nie przenosi się na sam fakt rozwiązania umowy. Przeciwnie, rozwiązanie umowy jest ich oraz kolejnych opóźnień przewidywalnym skutkiem, a co za tym idzie jak najbardziej przewidywalną przyczyną konieczności udzielenia kolejnego zamówienia publicznego.

Na brak możliwości uznania opóźnień i rozwiązania umowy za wyjątkową oraz nieprzewidywalną sytuację wskazuje także fakt, że problemy z terminową realizacją inwestycji były znane Zamawiającym już na początkowym etapie prowadzonych prac.

Już w piśmie spółki W. 2012 Sp. z o.o. do konsorcjum M. wskazano prace, których nie podjęto, mimo iż zgodnie z harmonogramem, powinny się one rozpocząć w lipcu (np. elementy pionowe - ściany - sekcja III i VII) lub sierpniu 2009 r. (np. elementy pionowe - ściany - sekcja II; elementy poziome - belki - sekcja III i VII).

W dalszej korespondencji Zamawiający wskazywali kolejne punkty harmonogramu w stosunku do których występuje opóźnienie, wskazywali stale rosnący okres opóźnienia (sięgający 90 dni, a także niezadowolający stopień zaawansowania prac - ok. 3,5% w połowie września 2009 r., ok. 7% w połowie listopada 2009 r.). Tym samym, już we wrześniu 2009 r., w związku z 25-dniowym opóźnieniem w realizacji umowy, Zamawiający musieli co najmniej liczyć się z dalszymi opóźnieniami i ewentualną koniecznością odstąpienia od umowy. Nie można zatem uznać, że sytuacja, w której znaleźli się Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowiła wyjątkową i nieprzewidywalną sytuację.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na uwzględnienie nie zasługuje również argumentacja Zamawiających dotycząca przesłanki niemożności zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Jej podstawę stanowiła konieczność przedstawienia organom UEFA podpisanej umowy na kontynuowanie prac, która gwarantowałaby zakończenie realizacji inwestycji nie później niż do dnia 30 czerwca 2011 r.

Niezależnie od powyższego argumentacja wskazująca na ryzyko wydłużenia postępowania, w związku z możliwością korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej nie może stanowić uzasadnienia dla braku stosowania procedury otwartej. Stoi ona bowiem w jawnej sprzeczności z zasadami konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców, zawartymi w art. 7 Pzp2004 oraz jest niezgodna z zasadami oraz prawem obowiązującymi w Unii Europejskiej, w szczególności zasadą swobodnego przepływu towarów i usług oraz otwarcia rynku zamówień

publicznych na niezakłóconą i jak najszerszą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Dla osiągnięcia tego celu niezbędne jest zapewnienie skuteczności dochodzenia swych praw przez wykonawców, których interes doznał lub może doznać uszczerbku na skutek niezgodnego z prawem działania lub zaniechania zamawiającego, poprzez możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w prawodawstwie krajowym oraz europejskim. Z tych przyczyn przedstawiona przez Zamawiających argumentacja w powyższym zakresie jako jawnie sprzeczna z przepisami nie może być uznana za zasadną. Akceptacja stanowiska Zamawiających prowadziłaby bowiem do umożliwienia celowego ograniczania uprawnień wykonawców przysługujących im z mocy prawa.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia Zamawiających zasługiwały na uwzględnienie.

I tak, w ocenie składu orzekającego, na podstawie dokumentacji kontroli, fakty niebudzące wątpliwości są następujące:

- 1) w dniu 30 grudnia 2009 r. rozwiązano dotychczasową umowę na budowę stadionu,
- 2) czas niezbędny do realizacji pozostałej części stadionu wynosi 17 miesięcy,
- 3) do dnia 30 czerwca 2011 r. należy zakończyć budowę stadionu.

Minimalny okres realizacji stadionu 17 miesięcy ustalono na podstawie opinii biegłego.

Opinia ta w żaden sposób nie została podważona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Inne okoliczności ujawnione w trakcie kontroli, również nie zakwestionowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych potwierdzają, że okres realizacji stadionu w terminie 17 miesięcy to „napięta i bardzo optymistyczna prognoza” (fragmenty raportów UEFA, oraz sprawozdania z realizacji przedsięwzięć EURO 2012 Ministerstwa Sportu i Turystyki, w aktach sprawy). Jeden z pierwotnych uczestników konsorcjum M. zrezygnował w dniu 15 stycznia 2010 r. z

negocjacji prowadzących do podpisania umowy ze względu na „brak możliwości oszacowania ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia, w tym kosztów i terminu jego realizacji” (jak podał Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli). Zatem na podstawie zgromadzonych dokumentów trudno byłoby twierdzić, że czas budowy stadionu mógłby ulec dalszemu skróceniu - skoro tak, należy przyjąć, że termin 17 miesięcy to termin najkrótszy możliwy do dochowania.

Termin zakończenia budowy stadionu w dniu 30 czerwca 2011 r. to data nieprzekraczalna, warunkująca możliwość organizacji turnieju EURO 2012 we W. (fragmenty raportów UEFA, oraz sprawozdania z realizacji przedsięwzięć EURO 2012 Ministerstwa Sportu i Turystyki, j.w.).

Oczywiście, w pełni jest uzasadnione stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w zakresie przywołania w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” podstaw udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004:

„Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004 zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- 1) wyjątkowa sytuacja,
- 2) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- 3) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- 5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego. Zgodnie z orzecznictwem zarówno Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego, przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, wyrok NSA z dnia 11 września 2000 r., II SA 2074/00, wyrok NSA z dnia 1 października 2001 r., II SA 2802/00).

Również w świetle orzecznictwa ETS, przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne (w przedmiotowym stanie faktycznym - na Zamawiających) (tak m.in. wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec C-126/03).

Analizując przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że po pierwsze, w przedmiotowej sytuacji wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia. Określenia „natychmiastowe wykonanie zamówienia” nie można w ocenie składu orzekającego utożsamiać z natychmiastowym rozpoczęciem i z natychmiastowym zakończeniem realizacji zamówienia, co miałyby nastąpić w krótkim okresie czasu. Oznaczałoby to, że w tym trybie można byłoby udzielić zamówień wyłącznie „krótkotrwałych”, a taki pogląd wydaje się systemowo nieuprawniony.

Jeżeli jest określony termin końcowy realizacji inwestycji (niezmienny z przyczyn obiektywnych) i

znany jej cykl technologiczny (obiektywnie nieskracalny) - to realizacja takiej inwestycji, o ile musi być wykonana w terminie, nie może się rozpocząć po rozpoczęciu biegu okresu cyklu technologicznego, liczonego wstecz od terminu końcowego. Skoro zatem dowiedzione zostało, że konieczne jest natychmiastowe rozpoczęcie robót - jest równoznaczne w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej - przy takich założeniach, jak powyżej - z koniecznością natychmiastowej realizacji zamówienia. Nie można również traktować rozłącznie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki ze względu na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia i przesłanek udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia - jest to sztuczny podział, dla zamawiającego liczy się bowiem wyłącznie efekt umowy tj. realizacja zamówienia publicznego, a nie sam fakt jego udzielenia.

Skład orzekający uznał również, że jeden z pierwotnych uczestników konsorcjum M. wycofał się z realizacji zamówienia m.in. ze względu na ryzyko niedochowania terminu, a więc trzeba mieć świadomość, że im dłużej trwałaby jakkolwiek procedura udzielenia zamówienia, tym większe prawdopodobieństwo, że żaden wykonawca nie podjąłby się realizacji zadania w tak krótkim terminie.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że biegły szacował (na podstawie ofert złożonych w postępowaniu, w którym wyłoniono dotychczasowego wykonawcę) czas niezbędny do realizacji zamówienia przewidywany dla kilku uczestników tamtego postępowania, i obliczył, że konsorcjum M. potrzebuje 17-18 miesięcy. Jest to czas szacunkowy, obliczony przez biegłego na podstawie deklaracji złożonych w ofertach oraz na podstawie oceny stopnia zaawansowania robót, i nie powinno dziwić, że M. w toku negocjacji 16 stycznia 2010 r. zdecydował się podjąć realizacji w nieco krótszym, niż oszacowany przez biegłego, terminie. W takich okolicznościach - ze względu na minimalny okres realizacji inwestycji ok. 17 miesięcy - Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że

Zamawiający wykazali, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia.

Po drugie, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia. Jeżeli przyjąć za udowodnione powyższe przewidywane terminy realizacji zamówienia, to Zamawiający nie mieli żadnej możliwości przeprowadzenia postępowania w którymkolwiek trybie konkurencyjnym. W zakresie tym wywiązała się polemika pomiędzy Zamawiającymi a Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych co do szacunkowego najkrótszego możliwego okresu trwania postępowania o udzielenie zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w tej kwestii przychyliła się do stanowiska Zamawiających (którzy twierdzili, że takie postępowanie mogłoby potrwać co najmniej 4 miesiące), nie tylko dlatego, że Zamawiający swoje szacunki opierali na danych pochodzących od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, ale przede wszystkim dlatego, że nie można zgodzić się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej jest „czysto hipotetyczna”. Do tej pory Urząd Zamówień Publicznych twierdził, że wydłużenie postępowania ze względu na środki ochrony prawnej składane przez wykonawców nie może uzasadniać zastosowania trybów innych, niż konkurencyjne - twierdzono, że możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej przez wykonawców należy zawsze uwzględnić szacując długość czasu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (z czym Krajowa Izba Odwoławcza się w całości zgadza).

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przepisy regulujące wnoszenie środków ochrony prawnej oraz wysokość i sposób rozliczania wpisu od odwołania rzeczywiście ograniczyły ilość wnoszonych środków ochrony prawnej przez wykonawców, jednak nie oznacza to, że taka możliwość została zupełnie zlikwidowana. Jeżeli Zamawiający ogłosiłby postępowanie jeszcze na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, w grę wchodziłoby również składanie przez wykonawców protestów. Jak pokazują

doświadczenia uprzednio prowadzonego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, wykonawcy korzystali ze środków ochrony prawnej (zostały złożone dwa odwołania oraz jedna skarga). Zatem należałoby raczej założyć, że odwołania w trakcie trwania przyszłego postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym zostałyby wniesione - jest to bardzo prawdopodobne w postępowaniach o udzielenie zamówień o tak dużej wartości jak przedmiot zamówienia, i których realizacja jest niewątpliwie prestiżowa.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej najbardziej optymistyczny (szacowany realny, najkrótszy możliwy) czas przeprowadzania procedury konkurencyjnej na przedmiotowy zakres zamówienia to 2-3 miesiące, co - ze względu na czas realizacji zamówienia - 17 miesięcy i nieprzekraczalny końcowy termin realizacji inwestycji - oznacza, że przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym nie było w tym przypadku możliwe. Reasumując, nie można

było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Po trzecie, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że organizacja turnieju EURO 2012 i zobowiązania z tym związane to „wyjątkowa sytuacja”. Na tym etapie realizacji inwestycji związanych z przygotowaniem do Euro 2012 nie można zrezygnować z podjętych starań zarówno w skali ogólnopolskiej, jak i w skali miast, które się na to zdecydowały. Miasto W. rozpoczęło już inwestycję, jej dokończenie w planowanym terminie jest trudne - ale na tym etapie jeszcze możliwe. Zamawiający do akt załączyli „Analizę kosztów (strat) i utraconych korzyści w przypadku odebrania W. prawa do organizacji Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012” - jest to łączna kwota 1 616 320 000 zł. Jeżeli już wcześniej podjęto decyzję, że wydatkowanie środków w celu organizacji turnieju i zaciąganie zobowiązań wobec UEFA jest racjonalne, to obecnie, na tym etapie, nie można się z niej wycofać. Przeciwnie, należy dążyć do tego, żeby



dochować podjętych już zobowiązań.

Wypowiedzenie każdej umowy z dotychczasowym wykonawcą, niezależnie od przyczyn takiego działania (o czym poniżej) jest w ocenie składu orzekającego sytuacją absolutnie wyjątkową. Niewątpliwie dla Zamawiających była to bardzo trudna decyzja, bowiem należało wybrać pomiędzy dalszą (co najmniej nieudolną) realizacją zamówienia przez dotychczasowego wykonawcę, a ryzykownym (choćby ze względu na upływ terminu) powierzeniem realizacji budowy stadionu nowemu wykonawcy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nikt, podpisując umowę w dobrej wierze (tym bardziej, zamawiający przeprowadzający postępowanie, którego wynikiem jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego), nie zakłada, że trzeba będzie od umowy odstąpić. Uwzględnia się taką możliwość w umowie, niemniej jednak nie oznacza to, że się przewiduje jej wystąpienie. Brak wprowadzenia do umowy kar umownych wynikających z uchybień leżących po stronie wykonawcy mógłby być uznany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zakładanie z góry, że dojdzie do wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z winy wykonawcy i przyjmowanie, że sytuacja taka mieści się w „normalnych stosunkach handlowych” podważa po pierwsze cel i sens udzielenia zamówienia, po drugie - poddaje w wątpliwość rzetelność weryfikacji wykonawców na etapie oceny spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu.

Zatem, ze względu na szczególny charakter inwestycji oraz wagę dochowania terminu 30 czerwca 2011 r., Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że sytuacja, w której podjęto decyzję o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, była wyjątkowa.

Najtrudniejsze było ustalenie czy przyczyny powstania szczególnej, wyjątkowej sytuacji nie leżą po stronie Zamawiającego i czy sytuacji tej Zamawiający nie mógł przewidzieć.

W ocenie składu orzekającego, ostateczne ustalenia w tym zakresie mogłyby zapaść dopiero

po przeprowadzeniu postępowania sądowego i przedstawieniu materiału dowodowego przez obie strony rozwiązanej umowy, niemniej jednak dla celów wydania niniejszej opinii Izba musiała przyjąć pewne założenia, opierając się na zgromadzonych dokumentach, stanowisku Zamawiającego, i rozważając argumentację Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Faktem niebudzącym wątpliwości było rozwiązanie umowy przez Zamawiającego w dniu 30 grudnia 2009 r. Zamawiający twierdził, że wypowiedzenie umowy nastąpiło z winy wykonawcy i zgromadzony materiał w aktach kontrolnych to potwierdzał (dokumentacja pochodząca od Zamawiającego).

Według składu orzekającego, okoliczność, że Zamawiający przewidział w zerwanej umowie kary za opóźnienia nie może przemawiać za uznaniem, że Zamawiający prognozował wystąpienie opóźnień w trakcie realizacji umowy. Oczywiście jest, że przy inwestycji o takich rozmiarach, jak budowa stadionu, opóźnienia w realizacji poszczególnych etapów mogą wystąpić. Jednak skala opóźnień jest nieprzewidywalna, a w toku realizacji tej konkretnej umowy była niespotykana do tego stopnia, że zagrażała realizacji umowy i to w taki sposób, że Zamawiając uznał, że dalsza realizacja umowy przez dotychczasowego wykonawcę nie jest możliwa (jest to wyłącznie stanowisko Zamawiającego, jednak uprawdopodobnione na podstawie przedstawionych przez niego dokumentów). Taka sytuacja jest nieprzewidywalna i wyjątkowa - nie można Zamawiającemu czynić zarzutów, że do samego końca podejmował próby mobilizacji dotychczasowego wykonawcy i przedstawienia przez niego planu naprawczego. Trudno oczekiwać, że po wystąpieniu pierwszych trudności w organizacji budowy czy opóźnień Zamawiający od umowy odstąpi. Granica pomiędzy przedwczesnym odstąpieniem od umowy z winy wykonawcy, a nadmiernym tolerowaniem nienależytego wykonania umowy jest trudna do określenia. Jednak twierdzenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że pierwsze opóźnienia wystąpiły już we wrześniu, a

umowę rozwiązano dopiero w grudniu - a więc zbyt późno (po trzech miesiącach) wydaje się nieadekwatne do skali przedsięwzięcia polegającego na budowie stadionu i przyjętych zwyczajowo metodach współpracy pomiędzy wykonawcą a inwestorem (negocjacje w celu usunięcia przeszkód we współpracy).

Nieadekwatne do sytuacji na placu budowy, która wylania się z opisu Zamawiających, podczas realizacji tejże inwestycji, wydaje się również twierdzenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż była to „sytuacja występująca w stosunkach handlowych”, która „nie wykracza poza normalne uwarunkowania gospodarcze”. Żaden inwestor nie zakłada podczas zawierania umowy, że od umowy trzeba będzie odstąpić z winy wykonawcy - Zamawiający również nie mógł się spodziewać, że nastąpi tak wiele tak istotnych uchybień (brak organizacji na placu budowy, zawarcie wbrew postanowieniom umowy umów z podwykonawcami, w szczególności w zakresie konstrukcji monolitycznych, niereagowanie na wezwania Zamawiającego etc.).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że „w przedmiotowej sprawie samo rozwiązanie umowy nie może stanowić okoliczności wyjątkowej oraz nieprzewidywalnej, albowiem była to decyzja podjęta przez samych Zamawiających”. W ocenie składu orzekającego fakt, że to Zamawiający sami podjęli decyzję o rozwiązaniu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna - bowiem uzależniona przecież była od nieprzewidywalnych przesłanek. Zapewne, gdyby zapytać inwestora, przy podpisywaniu umowy czy odstąpiłby od niej, jeżeli wykonawca tak dalece opóźnia się z realizacją umowy, że realizacja przedmiotu umowy traci sens - odpowiedziałby, że tak, taka sytuacja uprawnia go do odstąpienia od umowy. Jednak o ile nie wystąpią bardzo poważne podstawy, decyzja o odstąpieniu nie nastąpi. Podsumowując, decyzja o odstąpieniu od umowy następuje niejako automatycznie po zaistnieniu pewnych przesłanek - jednak ich zaistnienie w trakcie realizacji umowy nigdy nie jest pewne.

O przewidywalności można byłoby mówić tylko wówczas, gdyby zostało wykazane, że to Zamawiający przez swoje zaniedbania w nadzorze dopuścili do opóźnień, które ostatecznie stały się podstawą wypowiedzenia umowy - jednak Izba nie jest uprawniona do takich ustaleń, zresztą nie można przeprowadzić analizy w tym zakresie nie znając stanowiska dotychczasowego wykonawcy inwestycji (jak już ostało wyżej powiedziane pewnych ustaleń mógłby dokonać tylko sąd powszechny w ramach badania, czy wypowiedzenie umowy przez Zamawiających było zasadne).

W takiej sytuacji trudno twierdzić, że Zamawiający mógł przewidzieć fakt rozwiązania umowy. Zapewne w miarę narastania opóźnień narastało prawdopodobieństwo wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy, ale równie dobrze ostatecznie realizacja umowy mogła się zakończyć pomyślnie (Zamawiając podejmował wielokrotnie próby zmobilizowania wykonawcy, żądał przedstawienia planu naprawczego itd.), i nie ma żadnych podstaw w zgromadzonej dokumentacji, aby sądzić, że były to czynności pozorne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający co najmniej uprawdopodobnił, że po pierwsze, przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po jego stronie, i po drugie, że sytuacji tej Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza, uznała, że w toku kontroli zostały wykazane przesłanki udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie przewidzianym w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp2004, polegające na wyjątkowości sytuacji, wymagalności natychmiastowego wykonania zamówienia oraz niemożności zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia. Okoliczności, że przyczyny powstania tej sytuacji nie leżały po stronie Zamawiających oraz że sytuacji tej nie można było przewidzieć zostały w wysokim stopniu uprawdopodobnione przez Zamawiających.

OKREŚLENIE PODATKU VAT W ZAMÓWIENIU NA WYKONANIE ZAGOSPODAROWANIA I ODNOWY TERENÓW ZIELENI

**(uchwała z dnia 20 października 2019 r.,
KIO/KD 28/22)**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia na wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził m. in. naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M. pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny;
- 2) art. 5c ust. 1 Pzp2004 poprzez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, a w konsekwencji:
 - a) naruszenie art. 40 ust. 3 Pzp2004 poprzez zaniechanie przekazania

ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

- b) naruszenie art. 43 ust. 2 Pzp2004 poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego aniżeli 35 dni;
 - c) naruszenie art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp2004 poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem 10-dniowego terminu od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
 - d) naruszenie art. 95 ust. 2 Pzp2004 poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) art. 32 ust. 4 Pzp2004 poprzez zaniechanie ustalenia wartości zamówienia z uwzględnieniem łącznej wartości poszczególnych części zamówienia przy udzielaniu zamówienia w

częściach, z których każda stanowiła przedmiot odrębnego postępowania.

Jak ustalono, w treści SIWZ Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, wskazując m.in.:

W ramach przedmiotowego zamierzenia przewiduje się realizację następujących zadań:

- 1) ciągi pieszce z nawierzchni żwirowo-żywiczej;
- 2) ciągi pieszce i plac apelowy z nawierzchni betonowej półprzepuszczalnej;
- 3) nawierzchnie z barwionego w masie betonu;
- 4) wykonanie pomnika z ławką na kształt płyty winylowej;
- 5) obszar rekreacyjny;
- 6) oświetlenie terenu;
- 7) nawierzchnie na placu zabaw oraz na torze do gry w tzw. „bule”;
- 8) ogrodzenie placu zabaw;
- 9) ogrody tematyczne;
- 10) relokacja istniejącego pomnika i słupa ogłoszeniowego;
- 11) monitoring.

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i montaż nw. wyposażenia:

- 1) kosze na odpady;
- 2) ławki parkowe bez oparc;
- 3) ławki parkowe z oparciami;
- 4) stojaki na rowery;
- 5) tablice gatunkowe;
- 6) domki dla owadów;
- 7) szachy terenowe;
- 8) źródła wody pitnej;
- 9) wyposażenie placu zabaw.

W zakres projektowanej infrastruktury wchodzi:

- 1) uzbrojenie terenu (oświetlenie);

2) monitoring;

3) zagospodarowanie terenu.

Zieleń:

- 1) prace pielęgnacyjne - prace te polegać będą głównie na cięciach sanitarnych koron drzew (usunięciu suszu i gałęzi z objawami chorobowymi) oraz na proporcjonalnym formowaniu koron tych drzew;
- 2) zabezpieczenie drzew na czas budowy;
- 3) roboty przygotowawcze - karczowanie drzew, wywożenie karpin, gałęzi, zanieczyszczeń i odpadów organicznych, zdjęcie ziemi urodzajnej, plantowanie powierzchni gruntu itp.;
- 4) na przeznaczonym obszarze zaprojektowano roślinność niską, średnią i wysoką w formach liściastych;
- 5) dbanie o roślinność i nasadzenia zieleni w czasie wstępnego okresu wegetacji* do czasu ostatecznego odbioru wykonanych prac dot. zieleni (do 60 dni od czasu końcowego odbioru wykonanych prac). w tym czasie wykonawca będzie ponosił wszystkie koszty związane z pielęgnacją zieleni, w tym koszty zużycia wody do podlewania roślinności.

Wstępny okres wegetacyjny obejmował 60 dni od czasu końcowego odbioru wykonanych prac. W okresie tym powinno nastąpić intensywne podlewanie, odchwaszczanie, nawożenie, przycinanie, formowanie tak by roślina miała odpowiednie warunki do przyjęcia i wzrostu.

Na terenie skweru zaprojektowano:

- 1) 66 szt. drzew liściastych;
- 2) 1376 szt. krzewów liściastych >0,4m;
- 3) 145 szt. krzewów iglastych >0,4m;
- 4) 12124 szt. krzewów okrywowych, krzewinek i pnączy
- 5) 876 szt. roślin żywopłotowych (krzewy)

- 6) 8838 szt. bylin, traw ozdobnych i roślin zielnych.

Jak wynikało z treści projekt budowlano-wykonawczego, w zakres zamówienia wchodziły m.in. działania takie jak:

- 1) usunięcie i wywiezienie nawierzchni betonowych i asfaltowych wraz z podbudową;
- 2) usunięcie i wywiezienie elementów małej architektury;
- 3) usunięcie latarni;
- 4) relokacja historycznego pomnika/obelisku oraz słupa ogłoszeniowego;
- 5) zdjęcie wierzchniej warstwy humusu (nawierzchnie piesze, plac zabaw, tor do gry w „bule”);
- 6) wykopy pod nawierzchnię żwirowo-żywiczną;
- 7) wykopy pod nawierzchnię z płyt betonowych;
- 8) wykopy pod nawierzchnię z kostki betonowej;
- 9) wykopy pod nawierzchnię z betonu barwionego;
- 10) wykopy pod plac zabaw;
- 11) wykopy pod tor do gry w „bule”;
- 12) montaż elementów małej architektury (ławki, stojaki na rowery, kosze na odpady, tablice gatunkowe, domki dla owadów, stoliki do gry w szachy, źródelka wody pitnej).

Ponadto w zakres zamówienia wchodziły m.in. działania takie jak:

- 1) ogrody tematyczne;
- 2) nasadzenia roślinności w postaci drzew, krzewów i bylin.

W ofercie wykonawca M. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem ryczałtowym, wskazując jednocześnie, iż

wynagrodzenie będzie naliczone łącznie z podatkiem VAT w wysokości 23%.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że cena ofertowa przedstawiona przez wykonawców powinna uwzględniać zróżnicowanie stawek podatku VAT z uwagi na odmienną klasyfikację podatkową poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia.

Jednocześnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, iż w treści pkt 1 formularza oferty wykonawca M. zadeklarował, iż wynagrodzenie powyższe jest naliczone łącznie z podatkiem VAT w wysokości 23%. Analogicznie również w treści dołączonego do oferty kosztorysu ofertowego wykonawca M. zastosował jedną stawkę podatku VAT na poziomie 23% dla wszystkich zadań wchodzących w zakres zamówienia.

Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie podzielił argumentacji Zamawiającego wskazującej na brak możliwości wyodrębnienia usług związanych z zagospodarowaniem zieleni wchodzących w zakres zamówienia z uwagi na stanowienie przez nie niewielkiej części zamówienia oraz niecelowość takiego działania ze względów funkcjonalnych. Zamawiający wyraźnie wyodrębnił w ramach Rozdziału III SIWZ, z uwzględnieniem treści załącznika nr 3 do SIWZ oraz kosztorysu inwestorskiego, zadania polegające na wykonaniu robót budowlanych od zadań o charakterze usługi zagospodarowania zieleni, analogicznie wyodrębnienia takiego dokonał wykonawca M. w treści załączonego do oferty kosztorysu ofertowego.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych analiza opisu przedmiotu zamówienia dawała podstawę do stwierdzenia, iż roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia stanowią czynności niezależne i samodzielne, bez których czynności związane stricte z zagospodarowaniem zieleni, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości tych usług.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że problematyka łączenia zadań o charakterze robót budowlanych z zadaniami w zakresie usług zagospodarowania zieleni w kontekście prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT była przedmiotem analizy dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 17 września 2020 r., KIO 2076/20, w którym skład orzekający KIO wskazał na zachodzenie braku powiązania pomiędzy świadczeniami w zakresie zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi możliwość wykonania danej usługi bez konieczności wykonania innej usługi, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel, co daje z kolei podstawę do określenia odrębnych stawek podatku VAT dla każdego rodzaju czynności. Uznać należy, biorąc pod uwagę wyżej wskazane ustalenia stanu faktycznego, iż z analogicznym przypadkiem mamy do czynienia w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli.

W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie mogą podlegać uwzględnieniu także

argumenty Zamawiającego odnoszące się do kwestii, iż z uwagi na zastosowanie jednolitej stawki VAT na poziomie 23%, nawet w przypadku gdyby w części mogła znaleźć zastosowanie stawka obniżona, nie może prowadzić to do odrzucenia oferty wykonawcy M., gdyż przy zastosowaniu stawki obniżonej cena oferty byłaby niższa, co ostatecznie nie zmieniłoby kolejności w rankingu ofert. Nowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na konieczność uznawania błędnie zastosowanej stawki podatku VAT za błąd w obliczeniu ceny niezależnie od wysokości tejże stawki.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2020 r., KIO 2933/20 doprecyzowano, iż zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego różnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi



tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej. Analogiczne stanowisko przedstawiono m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2021 r., KIO 2652/21.

Ponadto, zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie mogła zostać uznana za przesądzającą o prawidłowości zastosowaniu jednolitej stawki podatku VAT na poziomie 23% Interpretacja indywidualna z dnia 14 lutego 2022 r. przekazana Zamawiającemu przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej pismem znak: 0114-KDIP4-3.4012.808.2021.2.JJ biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotem rozstrzygnięcia ww. organu była kwestia prawa do odliczenia VAT z faktur związanych z realizacją projektu a nie kwestia prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek podatku.

W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przyjąć należy, iż co najmniej w zakresie usług zagospodarowania zieleni stanowiących element przedmiotu zamówienia w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli, wykonawcy powinni zaoferować cenę brutto z podatkiem VAT ustalonym na poziomie 8%. Uznano, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M., pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą M., który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, iż w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający stosował przepisy właściwe dla rodzaju zamówienia jaki stanowią roboty budowlane.

W toku kontroli ustalono, iż przedmiotowe zamówienie udzielane na zasadach ogólnych obejmowało co najmniej dwa rodzaje zamówień, tj. dostawy oraz roboty budowlane, co wynikało

w szczególności z treści opisu przedmiotu zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, iż ustalenie głównego przedmiotu zamówienia następuje co do zasady w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy.

Jednocześnie uznać należy, iż przy ustalaniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy również brać pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów. Analiza stanu faktycznego dawała podstawę do uznania, iż w rzeczywistości główny przedmiot zamówienia stanowiły usługi. Właściwym przedmiotem i głównym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego była realizacja zadania polegającego na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni, które to zadanie ma charakter usługowy, niemieszczący się jako całość w definicji robót budowlanych określonych w art. 2 pkt 8 Pzp2004. Wynika to bezpośrednio z treści opisu przedmiotu zamówienia, w ramach którego elementy o charakterze robót budowlanych pełnią rolę pomocniczą względem prac związanych z zagospodarowaniem i odnową zieleni sensu stricto i jako takie nie determinują istoty celu umowy.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień nie budziło wątpliwości, iż realizacja konkretnych robót budowlanych wchodzących w zakres danego zamówienia samodzielnie jakkolwiek technicznie możliwa, w kontekście danego zamówienia warunkowana jest istnieniem związku z usługami stanowiącymi zasadniczy cel zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaznaczył także, iż w toku kontroli uzyskał informację z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, pełniącego rolę Instytucji Wdrażającej dla projektu pn. (...)

zagospodarowanie i odnowa terenów zieleni w krajobrazie miejskim nr (...), stanowiącego źródło finansowania przedmiotowego zamówienia publicznego, iż najważniejszą składową projektu musi być utworzenie terenów zieleni, co w głównej mierze wiąże się z nasadzeniami zieleni. („Głównym elementem i celem projektu jest usługa nasadzenia zieleni (wraz z robotami koniecznymi do ich wykonania w ramach przygotowania terenu pod nasadzenia.”).

Odnosnie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M. pomimo zaistnienia błędu w obliczeniu ceny, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przyjmując zaprezentowaną przez niego argumentację za własną. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmiennność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11). Zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z uchwał Sądu Najwyższego, w wypadku wskazania przez zamawiającego stawki podatku VAT właściwej dla danego przedmiotu zamówienia, rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert pod tym kątem i

ewentualnego rozważenia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp2004, jeśli zaistnieją ku temu przesłanki. Inaczej jest, gdy zamawiający stawki podatku nie wskazał w treści specyfikacji. W takiej sytuacji to na wykonawcach spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT, co w żadnej mierze nie oznacza, iż zamawiający zwolniony jest z obowiązku weryfikacji prawidłowości zastosowanych przez wykonawców stawek podatku VAT pod kątem zaistnienia podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004.

Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jak i pod rządami Pzp2004, w sytuacji braku wskazania w treści specyfikacji właściwej stawki lub stawek podatku VAT dla przedmiotu zamówienia, na zamawiających nałożono obowiązek weryfikacji prawidłowości zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT, a błędne jej ustalenie implikuje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Tym samym słusznie uznał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, za nieprawidłowe, stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, iż z uwagi na zastosowanie przez wykonawcę M. jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23% dla całego przedmiotu zamówienia, nawet w przypadku gdy w części mogła znaleźć zastosowanie stawka obniżona, brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 z uwagi na brak wpływu na ranking ofert (cena zaoferowana przez wykonawcę M. byłaby niższa).

Powyższa okoliczność jest irrelevantna wobec ziszczenia się samoistnej podstawy odrzucenia oferty wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004. Nie podważa także prawidłowości stanowiska Prezesa Urzędu podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż wszyscy wykonawcy potraktowali prace objęte przedmiotem zamówienia jak roboty budowlane i przyjęli jednolitą stawkę podatku VAT (23%) dla całego zamówienia. Uzupełniając Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż przywołane przez

Zamawiającego w piśmie z dnia 19 września 2022 r. orzecznictwo sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej sprzed dekady nie przystaje do obecnych poglądów orzeczniczych. Przechodząc następnie do oceny, czy objęte kontrolą doraźną Prezesa Urzędu zamówienie obejmujące m.in. usługi oraz roboty budowlane stanowi tzw. świadczenie kompleksowe, dla którego właściwa byłaby 23% stawka podatku VAT, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej prawidłowo, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że cena ofertowa przedstawiona przez wykonawców powinna uwzględniać zróżnicowanie stawek podatku VAT z uwagi na odmienną klasyfikację podatkową poszczególnych zadań wchodzących w zakres zamówienia. Poza sporem w ramach prowadzonej kontroli było, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia były m.in. usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, jak również prace budowlane.

Jak wynika z treści art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2184 ze zm.) [dalej „ustawa VAT”], stawka podatku wynosi 23% z zastrzeżeniem wskazanych w art. 41 ust. 1 ustawy VAT sytuacji. Z kolei zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy VAT, dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy VAT, stawka podatku wynosi 8%. W poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy VAT wymienione zostały usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. Tym samym co najmniej w powyższym zakresie wykonawcy do kalkulacji ceny oferty winni przyjąć cenę brutto z podatkiem VAT ustalonym na poziomie 8%. Wskazać należy, iż na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wypracowana została zasada, iż każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i

niezależne. Przywołać należy także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 czerwca 2011 r., I FSK 869/10, w którym sąd stwierdził, że „nie można zapominać, że zasadą ustawową jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma więc charakter wyjątkowy”.

Zasada ta nie ma jednak zastosowania w przypadku świadczenia kompleksowego. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 11 czerwca 2009 r. sygn. C-572/07 wskazano, iż: „z art. 2 szóstej dyrektywy wynika, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne (zob. wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 Part Service).

Co więcej, w pewnych okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, jeżeli nie są od siebie niezależne. Jest tak na przykład w sytuacji, gdy można stwierdzić, że jedno lub więcej świadczeń stanowi świadczenie główne, a inne świadczenie lub świadczenia stanowią jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los podatkowy świadczenia głównego.

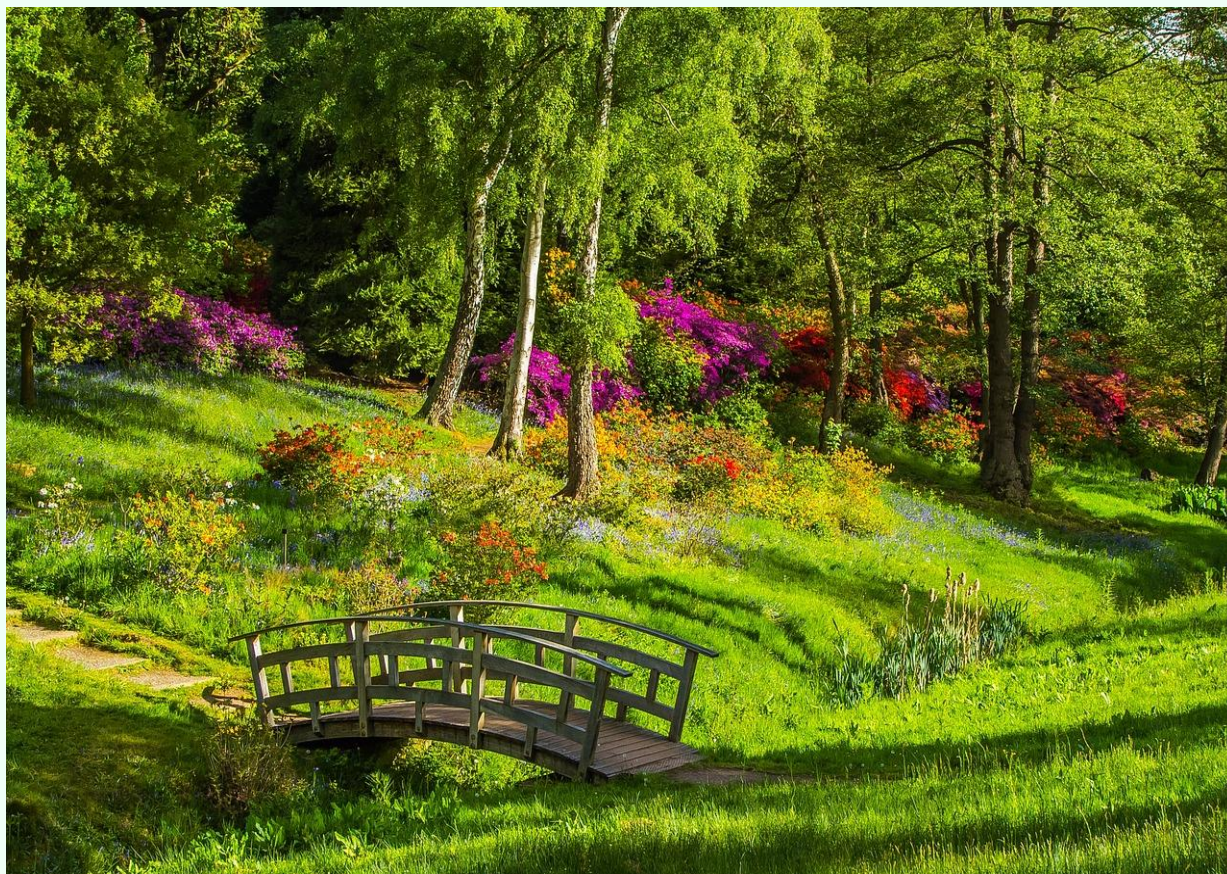
W szczególności dane świadczenie należy uważać za świadczenie pomocnicze w stosunku do świadczenia głównego, gdy dla klientów nie stanowi ono celu samego w sobie, lecz środek do korzystania na jak najlepszych warunkach z głównej usługi usługodawcy (ww. wyrok w sprawie Part Service, pkt 51, 52 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto można również uznać, że jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (zob. ww. wyrok w sprawie Part Service, pkt 53).” Uwzględniając powyższe rozważania prawne Krajowa Izba

Odwoławcza doszła do konstatacji, że Zamawiający nie przekonał w swojej argumentacji, iż przedmiot niniejszego zamówienia, w tym obejmujący usługi związane z zagospodarowaniem zieleni, należy uznać za świadczenie kompleksowe. Nie zostało wykazane, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, że usługi zagospodarowania terenów zielonych są tak ściśle powiązane z robotami budowlanymi objętymi zamówieniem, że nie jest możliwe rozdzielenie tych świadczeń, czy też że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Za Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych podnieść należy, iż „nawet bowiem w sytuacji, jeśli można mówić o pewnej funkcjonalnej synergii będącej konsekwencją wykonania danych zadań łącznie, o tyle co do istoty roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia należy uznać za czynności niezależne i samodzielne, bez których czynności sadzenia drzew i roślin, czy pielęgnacja roślin, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości

tych usług.”

Słusznie także wskazano w piśmie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 października 2022 r., że „elementy takie jak ciągi piesze z nawierzchni żwirowo-żywiczej bez wątplenia mogą zostać wykonane i funkcjonować zgodnie ze swoim przeznaczeniem samodzielnie względem m.in. prac pielęgnacyjnych dotyczących zieleni, niezależnie od faktu włączenia ich przez Zamawiającego do jednego zamówienia”.

Okoliczność, iż przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia Zamawiającym objął odrębne dla celów podatkowych usługi nie oznacza a priori, że mamy do czynienia z tzw. świadczeniem kompleksowym. Wręcz przeciwnie, nie można zapominać, że zasadą jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług, a rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma charakter wyjątkowy. Tym samym, w sytuacji gdy zachodzi możliwość wykonania danej usługi



bez konieczności wykonania innej usługi, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel, stanowi to podstawę do określenia odrębnych stawek podatku VAT dla każdego rodzaju świadczenia. Za prawidłowością stanowiska Zamawiającego nie przemawia także argument dotyczący ryczałtowego charakteru wynagrodzenia.

Reasumując powyższe, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Izby, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prawidłowo stwierdził, że sposób obliczenia ceny przez wykonawcę M. był błędny. Wykonawca ten wskazał w treści oferty stawkę VAT 23 % w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Tymczasem brak jest podstaw do uznania, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym – co najmniej w odniesieniu do usług zagospodarowania zieleni, do których znajduje zastosowanie 8% stawka podatku VAT. Tym samym oferta wykonawcy M. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 jako obciążona błędem w obliczeniu ceny.

Przechodząc do naruszenia stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. art. 5c ust. 1 Pzp2004 przez niestosowanie do udzielenia zamówienia przepisów dotyczących tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Sposób określania reżimu prawnego dla zamówień tzw. mieszanych, łączących dwa lub więcej rodzajów zamówienia, określa art. 5c ust. 1 Pzp2004. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy Pzp2004, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.

Zamawiający skoncentrował się zasadniczo na relacji wartości zadań o charakterze usługowym względem zadań o charakterze robót budowlanych objętych kontrolowanym zamówieniem.

W kontekście powyższego Krajowa Izba Odwoławcza poparła argumentację Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zaprezentowaną w wyniku kontroli, iż w świetle art. 5c ust. 1 Pzp2004, wartościowy udział danego rodzaju zamówienia nie może mieć znaczenia przesądzającego dla oceny charakteru danego zamówienia jako całości, a w konsekwencji - dla ustalenia przepisów, które znajdują zastosowanie do jego udzielenia.

Zamawiający utożsamiając znaczącą wartość prac budowlanych wchodzących w zakres niniejszego zamówienia z jego głównym przedmiotem, nie dokonał szerszej analizy opisu przedmiotu zamówienia w kontekście zasadniczego celu umowy. Zamawiający poprzestał na daleko idącym uproszczeniu, że w praktyce przedmiot zamówienia obejmował budowę parku miejskiego „od podstaw” razem z całą niezbędną infrastrukturą, co musiało się wiązać z wykonaniem w zdecydowanej większości robót budowlanych.

Pojęcie „główny przedmiot”, o którym mowa w art. 5c ust. 1 Pzp2004 należy interpretować przez pryzmat zasadniczego, najistotniejszego celu zamówienia, który przyświeca realizacji zamówienia publicznego. Tym samym zadaniem zamawiającego w danym przypadku będzie ocena, który zakres przedmiotu zamówienia jest główny, wiodący, bez którego zamówienie nie byłoby realizowane, a który ma znaczenie poboczne.

Z kolei wartość poszczególnych świadczeń występujących w ramach zamówienia jest jedynie jednym z szeregu kryteriów, które należy brać pod uwagę podczas ustalenia zobowiązania głównego. Innymi słowy, w przypadku zamówień obejmujących zarówno usługi oraz roboty budowlane przesądzające znaczenie ma cel zamówienia. Jeśli jest nim wykonanie usług, a

niezbędne do tego jest również wykonanie robót budowlanych, ale to wykonanie usług spełnia zasadniczy cel zamawiającego, to wówczas zamówienie udziela się według przepisów właściwych dla usług. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że kwalifikacja głównego przedmiotu zamówienia, w przypadku zamówień wielorodzajowych, niesie ze sobą daleko idące skutki dotyczące stosowania procedur dla zamówień o wartości przekraczającej progi unijne, co z kolei przekłada się na określone obowiązki publikacyjne, potencjalnie szerszy krąg wykonawców, dłuższe terminy składania ofert czy dłuższy standstill. Tym samym ustalenie głównego przedmiotu zamówienia mieszanego, o którym mowa w art. 5c ust. 1 Pzp2004, wymaga pogłębionej analizy, w szczególności w kontekście głównego celu zamówienia i nie może sprowadzać się do prostego porównania wartości różnych rodzajowo zadań objętych danym zamówieniem publicznym.

W kontekście celu kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia szczególnego podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie zanegował stanowiska Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, pełniącego rolę Instytucji Wdrażającej dla projektu pn. (...), stanowiącego źródło finansowania przedmiotowego zamówienia publicznego stwierdzającego, iż najważniejszą składową projektu musi być utworzenie terenów zieleni, co w głównej mierze wiąże się z nasadzeniami zieleni. [...] Głównym elementem i celem projektu jest usługa nasadzenia zieleni (wraz z robotami koniecznymi do ich wykonania w ramach przygotowania terenu pod nasadzenia). Powyższe stanowisko Instytucji Wdrażającej bezsprzecznie rozwiewa wszelkie wątpliwości w przedmiocie głównego celu projektu realizowanego przez Zamawiającego wskazując na jego usługowy charakter i pomocniczą rolę robót budowlanych w stosunku do prac dotyczących zagospodarowania i odnowy zieleni. Ponadto, jak wynika z akt sprawy, Zamawiający ustalenia

głównego przedmiotu zamówienia nie dokonywał przez pryzmat celu zamówienia, lecz przez pryzmat nieobowiązującego w dacie wszczęcia postępowania art. 6 Pzp2004.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach nie polemizował ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który wskazał, że usługowy charakter niniejszego zamówienia jako całość nie mieści się w definicji robót budowlanych określonych w art. 2 pkt 8 Pzp2004.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła również podstaw do zakwalifikowania zakresu niniejszego zamówienia do robót budowlanych. Sam Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli wskazał, że końcowym efektem prac budowlanych było nasadzenie zieleni i zagospodarowanie terenów zieleni. W realiach niniejszej sprawy elementem niezbędnym do osiągnięcia celu, tj. nasadzenia zieleni i zagospodarowania terenów zieleni było wykonanie prac budowlanych. Podstawowym zobowiązaniem było zatem stworzenie terenów zieleni z uwzględnieniem pomocniczej roli robót budowlanych niezbędnych do ich wykonania.

Zauważyć również należy, iż Zamawiający nie twierdził, że roboty budowlane będące przedmiotem niniejszego zamówienia zostałyby zrealizowane, gdyby nie zakładany efekt (cel) zadania publicznego sprowadzający się do stworzenia terenów zieleni w krajobrazie miejskim.

Podsumowując, w okolicznościach kontrolowanego zamówienia publicznego, które jak wskazuje analiza opisu przedmiotu zamówienia niewątpliwie miało charakter wielorodzajowy, Zamawiający działając zgodnie z dyspozycją art. 5c ust. 1 Pzp2004 obowiązany był zastosować do udzielenia zamówienia przepisy właściwe dla rodzaju zamówienia jaki stanowią usługi odpowiadające głównemu przedmiotowi.

INTEGRALNOŚĆ PLIKU PODPISANEGO I PODPISU ORAZ MODYFIKACJA PODPISANYCH DANYCH PO ICH UWIERZYTELNIENIU (wyrok z dnia 22 czerwca 2021 r., KIO 242/21)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 Pzp2004 w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (dalej jako „rozporządzenie eIDAS”) przez jego niewłaściwe za stosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z powodu negatywnego komunikatu uzyskanego podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego pod ofertą (załącznik nr 3 do SIWZ), podczas gdy oferta została prawidłowo podpisana i nie podlega odrzuceniu oraz art. 87 ust. 1 Pzp2004 przez zaniechanie zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienia, w sytuacji uzyskania komunikatu przy weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Jak wynikało z treści odwołania odwołujący upatrywał naruszenia tych przepisów w ich niewłaściwym zastosowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego z powodu negatywnego komunikatu uzyskanego podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego

złożonego pod ofertą, podczas gdy odwołujący prawidłowo podpisał swoją ofertę.

Po pierwsze: plik xls załącznik nr 3 do SIWZ został w sposób prawidłowy i ważny opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika odwołującego Panią E. G., a wystąpienie komunikatu o błędzie spowodował wyłącznie fakt, że zamawiający najpierw otworzył ten plik i dokonał poprawki, a dopiero potem przeprowadził weryfikację podpisu. Za taką sytuację odwołujący nie może odpowiadać i nie może ona być przyczyną odrzucenia oferty, gdyż przyczyna negatywnej weryfikacji podpisu leży wyłącznie po stronie zamawiającego i kolejności podejmowanych przez niego czynności.

Po drugie: nie nastąpiła zmiana danych w dokumencie po jego podpisaniu. Z danych dostępnych zamawiającemu (właściwości pliku) wynika, że wszystkie pliki zostały podpisane w jednym momencie - 20 grudnia 2020 r. o godzinie 19:21. Ostatnia modyfikacja pliku tj. załącznika nr 3 do SIWZ - nastąpiła 20 grudnia 2020 r. o godzinie 18:07. Zamawiający nie mógł zatem stwierdzić, że nastąpiła modyfikacja treści pliku po godzinie jego podpisania i dysponował informacją, że zmiany treści załącznika po dokonaniu podpisu

nie wystąpiły. Ewentualne wątpliwości co do podpisu, którym opatrzony był załącznik nr 3 do SIWZ zamawiający powinien wyjaśnić stosując art. 87 ust. 1 Pzp2004, zamiast opierać się na komunikacjach o prawdopodobnych okolicznościach. Odwołujący mogliby wówczas wyjaśnić zamawiającemu, że dokonał weryfikacji podpisu, którym opatrzony był załącznik nr 3 do SIWZ (plik z rozszerzeniem xls) po jego wcześniejszym otwarciu i wykazać brak modyfikacji danych w pliku.

Po trzecie, ani art. 781 § 1 k.c., ani art. 10a ust. 5 Pzp2004 traktujący o elektronicznej formie oświadczenia woli, ani też SIWZ, nie wskazywały, że wykonawca zobligowany był spowodować, że weryfikacja elektronicznego podpisu kwalifikowanego, którym opatrzone ofertę - zakończy się komunikatem o treści: „weryfikacja pozytywna” i że tylko tak przeprowadzona i zakończona weryfikacja podpisu warunkuje złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z uwagi na okoliczności o charakterze technicznym, elektronicznym, braki czy wady urządzeń czy instrumentów, którymi posługują się podmioty w obrocie - występowanie komunikatów w procesie weryfikacji nie musi oznaczać nieważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Odwołujący podkreślał, że wystąpienie komunikatu w procesie weryfikacji kwalifikowanego podpisu, którym opatrzony był załącznik nr 3 do SIWZ jest wynikiem kolejności czynności podjętych przez zamawiającego w związku z formatem pliku, który został wykonawcom udostępniony. Wystąpienie tego komunikatu nie może mieć zatem znaczenia dla oceny ważności podpisu i oferty odwołujących.

Poddając ocenie tak zdefiniowany zarzut odwołania Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła następujące okoliczności ustalone na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, który został dopuszczony i przeprowadzony na wniosek odwołującego.

Wobec jednoznacznego stanowiska biegłego oraz przyznania na rozprawie przez odwołującego, że załącznik Nr 3 został otwarty po podpisaniu, a przed wysłaniem do zamawiającego, przeprowadzenie pozostałych dowodów wnioskowanych przez odwołującego prowadziłoby nie do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy, lecz wyłącznie do przewlekłości postępowania odwoławczego. Stanowi to w świetle art. 541 ustawy Pzp dostateczne uzasadnienie do odmowy przeprowadzenia dowodu.

W SIWZ zamawiający opisał sposób przygotowania oferty. Zastrzegł, że ofertę należy sporządzić zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w języku polskim, w postaci elektronicznej, w formatach: doc, docs lub pdf i opatrzyć pod rygorem nieważności kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający wskazał, że sposób złożenia oferty, w tym jej zaszyfrowania, został opisany w Regulaminie korzystania z miniPortalu oraz wymagał złożenia oferty w oryginale.

Oferta odwołującego, w tym również będący jej częścią Formularz cenowy przygotowany według wzoru stanowiącego załączniki nr 3 do SIWZ, przez zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika - Panią E. G. Formularz cenowy odwołujący przygotował w formacie xls. Umocowanie Pani G. oraz ważność podpisu nie są sporne. Zamawiający dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w załączniku nr 3 do SIWZ 12 stycznia 2021 r. Pismem z 12 stycznia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, którym został opatrzony załącznik nr 3 do SIWZ otrzymał negatywne komunikaty. Podobnie w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że raporty z weryfikacji podpisu w załączniku nr 3 do SIWZ prezentują negatywną weryfikację w trzech Programach:

Sigillum Sign, Szafir oraz ProCentrum. Z weryfikacji podpisu wynikało, iż integralność pliku podpisanego oraz podpis nie została zachowana, a podpisane dane zostały zmodyfikowane po ich uwierzytelnieniu podpisem elektronicznym. Plik zawierający Formularz Cenowy załącznik Nr 3 do SIWZ został zmodyfikowany po dokonaniu podpisu elektronicznego. Systemy do weryfikacji podpisów elektronicznych wskazały następujące komunikaty:

- ProCentrum - negatywnie zweryfikowany, błąd podpisu, walidacja nie udała się;
- Szafir - podpis negatywnie zweryfikowany;
- Sigillum Sign - negatywnie zweryfikowany, nieprawidłowy skrót, obiekty referencji są niespójne, podpis ma niepoprawną strukturę.

Naruszenie integralności pliku załącznika Nr 3, brak zgodności skrótu zawartego w podpisie i faktycznym skrócie podpisywanego pliku potwierdził również biegły w opinii z 25 maja 2021 r. Stwierdził on, że ostatnia modyfikacja pliku stanowiącego załącznik Nr 3 nastąpiła 20 grudnia 2021 r. o godzinie 18:07:26. Osobą ingerującą w plik była Pani E. G., która podpisała załącznik o godz. 19:21:43. Ponadto biegły ustalił, że załącznik Nr 3 nie nosi śladów widocznej modyfikacji po jego podpisaniu, jednak po złożeniu podpisu, ale przed skompresowaniem, zaszyfrowaniem i umieszczeniem dokumentu na miniPortalu nastąpiła jego niewidoczna modyfikacja. Biegły wyjaśnił również, że stwierdzenie o braku modyfikacji pliku po złożeniu podpisu nie ma jakiegokolwiek wpływu na ocenę negatywnego wyniku walidacji, gdyż odwołujący przekazał zamawiającemu plik załącznika z naruszoną integralnością podpisu.

Jak wynikało ze stanowiska odwołującego wyrażonego na rozprawie Pani E. G. otworzyła załącznik Nr 3 po jego podpisaniu, w celu upewnienia się co do jego prawidłowości.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła wniosku odwołującego o uzupełnienie opinii biegłego lub o przeprowadzenie dowodu z opinii innego biegłego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, wbrew twierdzeniem odwołującego, przywołane twierdzenia opinii mają charakter ustaleń faktycznych i stanowią odpowiedzi biegłego na pytania postawione mu w postanowieniu o przeprowadzeniu tego dowodu, w tym również na pytania zadane przez odwołującego. To, że ustalenia biegłego nie potwierdzają tez odwołania, nie oznacza, że biegły wyraził własną ocenę i nie dokonał ustalenia faktów. W opinii biegły przedstawił metodologię udzielenia odpowiedzi na pytania oraz fakty ustalone w wyniku jej zastosowania. Odwołujący nie podważył faktów ustalonych przez biegłego, a te obrazują stan rzeczy odmienny od opisanego w uzasadnieniu odwołania. Po pierwsze, załącznik Nr 3 został przygotowany przez odwołującego w formacie xls, który nie był wskazany w SIWZ. Załącznik ten odwołujący podpisał o godz. 19:21, wcześniej o godz. 18:07 nastąpiła ostatnia widoczna modyfikacja jego treści. Po drugie, niewidoczna modyfikacja załącznika nastąpiła po podpisaniu załącznika Nr 3, a przed jego kompresją, umieszczeniem na miniPortalu i wysłaniem zamawiającemu, a nie - jak chciałby odwołujący - przez zamawiającego z powodu poprawienia błędów rachunkowych przed weryfikacją podpisu, którym był opatrzony załącznik nr 3.

W tak ustalonym stanie faktycznym, mając na uwadze granice rozpoznania odwołania wynikające z treści zarzutów, Izba postanowiła przyznać rację zamawiającemu. Przede wszystkim Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że załącznik nr 3 do SIWZ, będący istotnym dla przyszłej umowy Formularzem cenowym, stanowił treść oferty odwołującego. Jego niewłaściwy podpis lub brak podpisu oznaczają brak podpisania oferty. Oferta, której wykonawca nie podpisał, nie może być przyjęta przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 78¹ § 1 k.c. do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast art. 78¹ § 2 k.c. stanowi, że oświadczenie woli złożone w

formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej konieczne są zatem dwa elementy: złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie takiego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podpisanie formularza cenowego kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest warunkiem koniecznym do uznania, że oferta - będąca oświadczeniem wykonawcy - została złożona zamawiającemu.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia eIDAS „kwalifikowany podpis elektroniczny” oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Pkt 14 tego przepisu stanowi, że „certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej i potwierdza co najmniej imię i nazwisko lub pseudonim tej osoby. Stosownie natomiast do pkt 15 „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania. Zgodnie z art. 33 ust. 1 rozporządzenia eIDAS kwalifikowaną usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych świadczy wyłącznie kwalifikowany dostawca usług zaufania, który: zapewnia walidację zgodnie z art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS oraz umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w automatyczny, wiarygodny i skuteczny sposób oraz przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji. Z przywołanych przepisów jasno wynika, że przyjęcie oświadczenia opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wymaga walidacji podpisu w celu stwierdzenia skuteczności złożenia oświadczenia. Tak też

uczynił zamawiający, który zachowując należytą staranność, wykorzystał w tym celu trzy programy, w każdym przypadku uzyskując negatywny wynik walidacji. W tym stanie rzeczy brak jest jakichkolwiek podstaw do zarzucania zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp2004. Wynik walidacji był jednoznacznie negatywny i jakiejkolwiek wyjaśnienia ze strony odwołującego nie mogły zmienić tego stanu rzeczy.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej przyczyny tego stanu rzeczy leżały po stronie odwołującego. Odwołujący posłużył się plikiem w formacie xls, który nie był dopuszczony przez zamawiającego. Jakkolwiek samo posłużenie się tym formatem nie dyskwalifikuje oferty, to jednak powoduje przejście na odwołującego ryzyka wynikającego z nieuwzględnienia dyrektyw SIWZ. Profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez odwołującego uzasadnia zwiększone oczekiwania co do jego zapobiegliwości i zdolności przewidywania konsekwencji swoich zachowań. Działania odwołującego doprowadziły do utraty integralności podpisanych danych, która zgodnie z art. 32 ust. 1 lit. g rozporządzenia eIDAS jest warunkiem koniecznym walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Naruszenie integralności danych nastąpiło skutkiem otwarcia pliku załącznika Nr 3 po jego podpisaniu, brak jest zatem podstaw do uznania, że w tej sytuacji podpis elektroniczny stanowi wyraz stanowczości zakończonego w ten sposób oświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała więc, że brak prawidłowego podpisu pod Formularzem cenowym, załącznikiem Nr 3 stanowiącym część oferty, spowodował, że nie doszło do prawidłowego złożenia całości oferty przez odwołującego. Skoro naruszenie integralności podpisu spowodowało działanie odwołującego, nie można uznać, jak chciałby odwołujący, że przyczyna tego stanu rzeczy leży po stronie zamawiającego. Oznacza to, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i nie dopuścił się zarzucanych mu naruszeń przepisów, co skutkowało oddaleniem zarzutu opisanego w pkt 1.3. sentencji.

Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?



MAŁGORZATA WĘGIEL

Sercem zamówieniowiec, praktyk, wykładowca akademicki.

Wiele osób twierdzi, że jestem ekspertem. Pan Józef, gdy namawiał mnie na napisanie tego artykułu od razu zastrzegł, że nim jestem. Za tymi miłymi słowami kryją się lata doświadczenia, setki nadgodzin, poświęcenie czasu prywatnego i ciągłe doszkalanie się. Każdy z nas jest inny. Dla jednego dana osoba jest autorytetem i ma wiedzę, a drugiego to nie przekonuje. Skoro mam dać rady jak stać się ekspertem zamiast wymyślać populistycznych i ambitnych haseł, mogę tylko opowiedzieć o sytuacjach i doświadczeniach, które mnie ukształtowały tworząc swoisty „katalog życia zamówieniowca”. Nie myślcie proszę, że to jakaś autopromocja. Oczywiście wymienione poniżej punkty przenikają się wzajemnie. Co dla niektórych te luźne myśli mogą wydawać się banalne. Jednak spróbuję. Nie można stać się ekspertem po jednym czy kilku formalnie udanych przeprowadzonych przetargach. Można się nim stać dopiero gdy planowanie, przeprowadzanie, pozytywny wynik kontroli, a przede wszystkim wyciąganie wniosków na przyszłość przychodzi intuicyjnie, spójnie, sprawnie i automatycznie. W końcu praktyka czyni

mistrza. Według mojej oceny, recepta na bycie ekspertem to sukcesy i porażki w zamówieniowej pracy, a w szczególności:

1. Nadążanie za zmianami ustawy Pzp i przepisami około zamówieniowymi. Trzeba rozumieć co, dlaczego i kiedy się zmieniło, bo to przekłada się na naszą codzienną pracę. Bezdyskusyjnie bez znajomości przepisów ani rusz.
2. Umiejętność polegania na współpracownikach i ufać im (na tyle, na ile to możliwe). Praca komisji przetargowej to nic innego jak nacisk na pracę zespołową. Czy Wy myślicie, że w ciągu tych kilkunastu lat mojej „kariery” w zamówieniach publicznych (pracy stałej i u klientów) nie obyło się bez pretensji pod moim adresem? Wszędzie ten sam schemat i to samo szemranie. Otóż na jakiej podstawie ja mam czelność czegoś wymagać od członków merytorycznych komisji przetargowej? Przecież zamówienia to moja działka, więc ja wszystko powinnam opracować, a jak mi się coś nie podoba to czemu sama tego nie zrobię lub nie zmienię? Kto z Was nie spotkał się z takim

niefajnym podejściem? Aby przechylić czarę goryczy, może jakiś dobry przykład. Kiedy wpłynęły pytania techniczne do przetargu, na które mógł odpowiedzieć tylko projektant (który aktualnie przebywał poza biurem projektowym na urlopie na plaży bez dostępu do komputera i bynajmniej nie myślał o naszym przetargu) to uwierzcie, że nie było mi do śmiechu. Na szczęście mogłam liczyć na współpracowników, którym także zależało by ratować to postępowanie. Po godzinach studiowaliśmy płachty projektu budowlanego, patrząc czy pytanie jest zasadne i czy rzeczywiście to może być błąd w projekcie. Dodam, że pracownik merytoryczny miał wykształcenie budowlane, umiał przeczytać projekt budowlany i dokonać obliczeń. Gdy już w późnych godzinach wieczornych mieliśmy opracowane pismo z pytaniami i odpowiedziami, kwestią było tylko zmienić ogłoszenie i zamieścić wszystko na platformie zakupowej. Pech chciał, że właśnie wtedy w urzędzie przestał działać Internet. Przypadek? Co zrobiłam? Zalogowałam się z telefonu i dokonałam zmiany. Ile przypadków doświadczyliście, że merytoryczni nawet nie chcieli odpowiedzieć na pytania, zostawiając zamówieniowców samych sobie?

3. Ocena 360 stopni – czyli zrozumieć i samemu doświadczyć jak to jest być zarówno wykonawcą i zamawiającym. Kluczem jest wiedza jak to jest od kuchni, gdy opracowuje się SWZ. Atutem jest także wiedza jak to się ofertuje (pamiętam ten dreszczyk czy zdążę złożyć ofertę i czy nie przestrzelę kwoty). Pamiętam też początki miniPortalu – aby wiedzieć jak on działa i umieć pomóc Wykonawcom, sama sobie próbowałam złożyć ofertę. Tak samo postępowалаm, gdy bawiłam się różnymi platformami zakupowymi. Postaw się w roli wykonawcy. Najpierw sam spróbuj, a potem zweryfikuj zapisy SWZ odnośnie sposobu składania ofert.
4. Na początku przygody ze światem zamówień publicznych zalecam zrozumieć funkcjonowanie postępowań regulaminowych

w swojej jednostce / obsługi platformy zakupowej na małych postępowaniach. Dopiero po opanowaniu tej wiedzy, następnym krokiem jest uczestniczenie w postępowaniach przetargowych. Zanim zaczęłam pracować w samym dziale zamówień publicznych, oprócz dokonywania zakupów regulaminowych ważną lekcją dla mnie było uczestnictwo w komisji przetargowej jako członek merytoryczny. Realizując różne umowy nauczyłam się zarządzania nimi. Potem, przygotowując projekt umowy do następnego przetargu, wiedziałam jak umowę i sposób jej realizacji można udoskonalić. Poza tym przygotowując dokumenty (szacowanie wartości zamówienia, opis przedmiotu zamówienia, odpowiedzi na zapytania wykonawców) pozwoliło to mieć ogłód na cały proces i przygotowanie do tego co robię dziś. Teraz, gdy wchodzę w spór z merytystą, że nie wiem jak to jest być w jego roli mogę wytrącić ten argument. Jako członek merytoryczny też musiałam przygotować przetarg i zrealizować umowę nie znając się na tym co każą mi kupić (ja też tak miałam i z pewnością Ty też tak masz). Jako przewodnicząca komisji przetargowej zerknę przed wszczęciem postępowania na opis przedmiotu zamówienia. Widać jak na dłoni wówczas, czy opracowała go osoba, która ma pojęcie. Najgorszym scenariuszem jest przydzielenie do komisji przetargowej nowych pracowników / komentatorów życia urzędowego, którzy nie potrafią popisać się wiedzą techniczną / merytoryczną. Dziś opowiadam to jako anegdotę, lecz przygotowując postępowanie na dostawę odczynników, gdzie opis przedmiotu zamówienia to nazwy łacińskie i wzory chemiczne, nie byłam nawet w stanie wymówić ich nazw, a co dopiero odpowiedzieć na pytanie o ich zamienniki. Bez wsparcia i wiedzy o opisie przedmiotu zamówienia zamówieniowiec nie robi przetargu sam. Śmieszą mnie podsłuchane czy przytoczone rozmowy np. „słyszałem, że przetarg wygrała u was firma X. Było ich nie wybierać, tylko wybrać następnego” (nie wiem na jakiej podstawie można tak po

prostu nie wybrać wykonawcy, który poprawnie złożył ofertę, a następnie podmiotowe środki dowodowe, niemniej to, że ta firma wygrała to jak zwykle wina działu zamówień publicznych). Albo następny antyprzykład „przetarg wygrywa firma X. Nie chcemy jej. Weź ich wezwij do złożenia wykazu czegokolwiek.... Wzywaj do wykazu osób i narzędzi. Pytam, a na jakiej podstawie, skoro nikt nawet nie pomyślał postawić takiego warunku udziału w postępowaniu?” Albo nieśmiertelny przykład z nazwami własnymi w opisie przedmiotu zamówienia, gdzie nikt nawet nie przeczytał projektu budowlanego – i od razu po odebraniu go od projektanta następuje szybkie przekazanie do działu zamówień publicznych wraz z meldunkiem do szefa, że teraz to dział zamówień publicznych opóźnia, bo go czyta i każe poprawić. W naszym zamówieniowym środowisku też słyszy się o naciskach na dział zamówień publicznych „Proszę doprowadzić do tego, żeby ta firma nie podpisała umowy”. Zmierzam do tego, że nasza praca jest oceniana przez brak wiedzy i świadomości innych oraz że niby polega na tym, że sobie subiektywnie wybieramy kto ma ten przetarg wygrać – wedle mojego widzi mi się i jeszcze dostaniemy za to od tej wygranej firmy odsyp. Wiem, że większość z Was właśnie się roześmiała. Mnie też to bawi, a jednocześnie przeraża. Miałam takie szczęście, że nie spotkałam się z takimi naciskami, ale słyszałam w kulisach co nieco. Wiem, to niskie pobudki. Innym aspektem jest współpraca z rynkiem zewnętrznym. Podział zamówieniowego rynku jest bezwzględny – albo jesteś zamawiającym albo wykonawcą. Jednakże ciekawym doświadczeniem jest praca z koordynatorem projektu (wszyscy znamy ten schemat – pracownicy zamawiającego wszystko robią, a zasługi przypisuje sobie koordynator, który za te usługi wystawi fakturę. Albo przykład, gdy koordynator projektu przysyła opracowane przez niego gotowe dokumenty do postępowania, szkoda tylko że opierają się na starej ustawie Pzp, po czym jest zniesmaczony, że zamówieniowiec zamiast posłusznie wszcząć postępowanie (i

jeszcze się pod tym podpisać) odmawia żądając poprawek. Wiele niemiłych i niełatwych z mojego punktu widzenia sytuacji sprawiło, że przestałam naiwnie wierzyć, że wszyscy są profesjonalistami, znają się na swojej robocie i przykładają się. Najbardziej w zamówieniach publicznych ufam sobie. Umiesz liczyć – licz na siebie. Wyczuwałam opór u wszystkich. Nas (mnie) zamawiaczy nikt nie pytał, czy ja chcę i co myślę na temat nowej ustawy Pzp i elektroniczacji. Oczywiście byłam na konferencji Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie koncepcji nowej Pzp, zabierałam głos. Od 2021 r. nowa ustawa weszła w życie i cały zamówieniowy rynek musiał się zacząć uczyć myśleć elektronicznie. Stąd też, niezależnie czy było czuć opór przez zmianą (a może szasną) trzeba było przystosować się. A argumenty o tym, że ktoś jest zwolennikiem/ przeciwnikiem zamówieniowej rewolucji czy ewolucji przestały mieć znaczenie. Piszę o tym, gdyż dla mnie zmiana ta nastąpiła naturalnie. Nie musiałam od podstaw uczyć się zarówno nowej ustawy jak i nauki o plikach (w żargonie zwaną plikologią). A ilu z WAS musiało? Mądry nadzór nad działem zamówień publicznych to pełna autonomia jego funkcjonowania. Dopóki jesteś uczciwy w tej zamówieniowej grze, to możesz spać spokojnie.

5. Oglądanie, czytanie, studia podyplomowe, szkolenia. Polecam śledzić grupy przetargowe. Pojawiają się tam aktualne, cenne informacje i wskazówki. Niedawno zrobiłam ankietę dla użytkowników grupy na FB Przetargowa ustawa nowa z pytaniem skąd czerpią wiedzę o Pzp? Nie zdziwił mnie jej wynik, ponieważ większość odpowiedzi wskazywała właśnie na to nieformalne źródło wiedzy. Mam świadomość, że większość zamówieniowców nie może liczyć na profesjonalne szkolenia i dostęp do portali branżowych, które opłaca pracodawca (mam o to żal i serce mi ściska nad losem tych, których czeka dyscyplina finansów). A ze swojej pensji nie jesteśmy w stanie ich zapłacić. Pozostają bezpłatne źródła. Przy odrobinie chęci i uwagi podczas śledzenia wpisów można naprawdę poczytać dobre

komentarze, trafić na link do darmowego opracowania czy darmowy webinar Pana Józefa.

6. Dialog z wykonawcami. Nieformalne rozmowy odnośnie obecnej sytuacji gospodarczo – rynkowej oraz aktualne ploteczki o tym co się dzieje na naszym zamówieniowym ryneczku są najcenniejsze. Aby mieć pełen obraz warto posłuchać narzekań nie tylko nas zamawiaczy, ale także dostrzec bolączki drugiej strony. Jeden wykonawca powiedział mi w marcu ubiegłego roku, czyli po wybuchu wojny i destabilizacji rynku budowlanego cyt. „Gosia nie chodzi o to, żeby dać niską cenę i wygrać. Niech się ci nieświadomi zamawiający tak nie cieszą, że przetarg poszedł tanio, bo to nie jest sukces, że masz pozorne oszczędności. Dziś cenieni są wykonawcy, którzy nie zejdu z placu budowy i skończą zadanie, nawet jeżeli trzeba aneksować kwotę umowy”. W tych słowach jest sens i logika.
7. Polecam pracę u takiego zamawiającego, który przeprowadza postępowania na wszystkie rodzaje zamówień (dostawy, usługi, roboty budowlane). Spotkałam się z podmiotami i osobami, które robią przetargi i specjalizują się tylko w jednym typie zamówień – czyli taka mini profesjonalizacja w jednym (np. przetargi tylko na dostawy energii elektrycznej, tylko na odnawialne źródła energii). Owszem taka mini profesjonalizacja jest zasada, lecz gdy dochodzi do sytuacji, że trzeba przeprowadzić takiej osobie przetarg np. na roboty budowlane, a nie stosowała przepisów przewidzianych dla tego rodzaju zamówień powstaje luka. Nadto, robiąc wszystko po prostu, zamówieniowiec zna się na wszystkim i można z nim porozmawiać zarówno o budownictwie jak i dostawach sprzętu komputerowego.
8. Cechy osobowościowe. Niestety w zamówieniach publicznych nie odnajdą się osoby, które nie wytrzymują presji, stresu, terminów, napięcia. Nie mając wiedzy o stosowaniu ustawy Pzp i ulegając merytorycznym (którzy nie zawsze są merytoryczni, a może nazwę ich naiwnie

merytoryczni – nie wszyscy oczywiście) może skutkować to korektą finansową czy też opisaniem naruszenia w protokole pokontrolnym np. regionalnej izby obrachunkowej. Pamiętajmy, że sukces ma wielu ojców, a porażka zawsze spada na dział zamówień publicznych (źle zrobiłeś przetarg. Wiedziałeś, że jest źle to czemu puściłeś ten przetarg?). Niewątpliwie samorozwój i samorealizacja zawodowa okryta jest również goryczą i niepowodzeniami. W zamówieniach publicznych nie mogą pracować ludzie słabi, nie ma czasu na żal, bo trzeba robić następny przetarg. Nie ma się co zrażać. Zaczynałam pracę w zamówieniach publicznych bardzo młodo, będąc na studiach na stażu. Wówczas pracownicy postrzegali mnie niewiarygodnie „przyszła młoda i chce się wykazać, dlaczego się czepia. Nie masz szacunku dla starszych urzędników – zawsze tak robiłem”. Albo przykład z projektantami „dziecko, ja mam dłużej uprawnienia budowlane niż ty żyjesz. Jakim prawem mówisz mi jak mam projektować z jakąś dostępnością?”.

9. Nie bójmy się elektronizacji. Kiedy w 2018 r. weszła elektronizacja przetargów unijnych uwierzcie mi, że moja wiedza na temat podpisów elektronicznych była zerowa. Pracodawca mi nie kupił podpisu elektronicznego, więc skąd miałam umieć go obsługiwać? Pamiętajcie stan przejściowy, gdy JEDZ był składany z kwalifikowanym podpisem a oferta papierowo? Jakoś tak mi się udawało, że podpisy w JEDZu zawsze były w formacie pades (podpis w dokumencie jedz.pdf). Aż do momentu, gdy pierwszy raz otrzymałam JEDZe z podpisami zarówno zewnętrznym jak i wewnętrznym. Zanim opanowałam tę wiedzę uwierzcie (mając świadomość, że mogę nie mieć takiej wiedzy technicznej jak to sprawdzić, a przetarg był na dużą kwotę) jak nie weryfikowało podpisu to nie było fajne uczucie. Dziś piszę o tej sytuacji z przymrużeniem oka i śmieję się z samej siebie. Wtedy każdy raczkował w elektronizacji, a pracując u dużego zamawiającego do kogo miałam zadzwonić o poradę? Przecież dla małych i średnich

zamawiaczy podpisy to była czarna magia. A zresztą mali i średni nie zawsze mają postępowania unijne, więc i tak nie pomogą, bo ich to nie dotyczy. Poza tym wiedząc, że nadchodzi zmiana wszyscy duzi zamawiacze ogłosili już unijne postępowania by zrobić je na starych przepisach. Szczęście, że trafiłam na informatyka, który jako jedyny w urzędzie obsługiwał podpisy i miał o tym pojęcie – więc to była bardzo szybka nauka podpisów. Wówczas pobierając zahasłowanego JEDZa z poczty elektronicznej (hasło do otwarcia dokumentu było w papierowej ofercie – to nie jest żart) zapisały mi się na dysku 2 pliki. W pierwszym odruchu usunęłam plik podpisu zewnętrznego myśląc, że to jakiś spam czy coś niepotrzebnego i dziwiłam się czemu program do weryfikacji podpisów krzyczy, załaduj plik podpis). Nie jestem idealna, też się musiałam nauczyć. Pamiętam wyraz twarzy tego informatyka, gdy poprosiłam go o konsultację, czemu nie weryfikuje podpisu – bo usunęłaś podpis kobieto, dlatego! Pokazał mi raz jak się weryfikuje taki rodzaj podpisu, a potem to nie była dla mnie żadna trudność. Co niektórzy w ogóle usuwali pliki, pozostawiając sam wydruk! Sytuacja powtórzyła się podczas lockdownu, gdzie Urząd Zamówień Publicznych zalecał postępowania hybrydowe. Mając wcześniejsze doświadczenia z elektronizacją (wtedy to już przerobiłam tyle postępowań z podpisami, że to było dla mnie nawet ciekawe) ja takie rozwiązanie dopuszczałam i naprawdę takie oferty wpływały. Jednakże w tamtym czasie znałam zamawiaczy, którzy nigdy nie prowadzili postępowań elektronicznie i w obawie, że sobie nie poradzą takiego rozwiązania nie dopuszczali licząc, że nowa ustawa Pzp nie wejdzie w styczniu 2021 r. Tych, których było stać na sprzęt elektroniczny prowadzili sesję otwarcia ofert na YT, aby zapewnić jawność otwarcia. Tych, których nie było stać, ale też nie prowadzili postępowań elektronicznie po prostu wynosili stolik i nożyczki przed urząd by na dworze (nie w pomieszczeniu zamkniętym) otworzyć papierowe oferty. Od dawna prowadzę przetargi w pełni elektronicznie. To

bardzo wygodne. Doświadczyłam oporu przez zmianą z przejścia z papieru na pliki. Wszyscy mamy kwalifikowane podpisy elektroniczne, co naprawdę ułatwia pracę, gdy ktoś przebywa na pracy zdalnej. Podczas kontroli RIO Pani inspektor na wiadomość, że założę jej konto na platformie zakupowej, aby miała dostęp do wszystkiego skwitowała to słowami: „Pani Małgosiu, Pani to jest chyba fanką tej elektronizacji, co nie? Jest Pani pierwszym zamawiającym, którego kontroluję co gromadzi elektroniczne archiwum na platformie zakupowej”. Takie nastawienie to ja rozumiem. Ja prowadzę wszystko elektronicznie a kontrola także mnie kontroluje elektronicznie. Najbardziej boli mnie drukowanie, potwierdzanie za zgodność dokumentów przetargowych do urzędu marszałkowskiego. Spierałam się z nimi, że przekazuje się pliki a nie wydruki! Nawet wystąpiłam do Urzędu Zamówień Publicznych z zapytaniem co mam zrobić w takiej sytuacji. Oczywiście Pani kontroler z urzędu marszałkowskiego nieprzychylnie odniosła się do moich słów, twierdząc że podpisaliśmy umowę dofinansowanie a tam wyraźnie pisze że przekazuje do kontroli dokumenty papierowo. Serce boli i szkoda lasów, czasu drukować i to sprzeczne z duchem elektronizacji. A gdzie Paperless? Koniec końców dla kontroli przesałam wydruki wraz z załączoną płytą cd, na której nagrałam pobrane archiwum postępowania. Kolejnym absurdem było, gdy wpadła mi w ręce umowa o dofinansowanie. Wszystko by było ok (to któraś z kolei, tyle że ja je czytam, przynajmniej tę część, gdzie pisze o zamówieniach) gdyby nie taki mały niuans, że zawarta była w 2021 r. (czyli obowiązuje nowa Pzp), a zapisy owej umowy o dofinansowanie były oparte na starej ustawie. Mało tego. Niby stosuje się starą ustawę, ale taryfikator korekt po nowemu. A mój opiekun projektu na to „O! rzeczywiście”.

10. Automatyzacja. Prowadzę zapytania ofertowe czy zapytania w Bazie Konkurencyjności. Nie jest tajemnicą, że używam platformy zakupowej, która generuje mi raport

postępowania. Mi tak jest szybciej i wygodniej oraz przyzwyczałam się. Rozumiem, że nie każdy używa platform zakupowych. Nie rozumiem, jednak dlaczego dziś w dobie takich możliwości ktoś prowadzi zapytania papierowo a oferty przyjmuje w zamkniętych kopertach, po czym samodzielnie tworzy raport z takiego postępowania? Pracuj mądrze. Wielu rzeczy chyba nie zrozumie i wiele rzeczy w zamówieniach publicznych mnie boli. Czasem zastanawiam się czy to ja jestem ta do przodu, a reszta po prostu za mną nie nadąży? Czy może to ja jestem ta zła, bo większość patrzy na moje wyobrażenie o zamówieniach publicznych jakbym coś miała nie tak z głową. Powtarzam od dawna, że elektronizacja idzie w parze z automatyzacją procesu.

Po zredagowaniu powyższego tekstu doszłam do wniosku, że łatwiej jest napisać artykuł o wykładni jakiegoś przepisu. Pisanie porad jak w praktyce robić zamówienia jest trudniejsze niż czysto prawniczy język, gdyż owe porady nacechowane są emocjonalnie i nie zamykają się tylko w ramach prawnych, lecz dotyczą także sfery kultury organizacyjnej i osobistej. Czy ekspertowi od zamówień publicznych przystoi emocjonować się? Dla mnie właśnie taka osoba, z takim podejściem idealnie nadaje się do tego zawodu, bo po prostu jej zależy. Każdy z Was zaczynał pracę w zamówieniach publicznych. Ktoś kiedyś dał Wam szansę na pracę w zamówieniach publicznych. Czy czytaliście ten tekst (być może nawet przytakując, że tak to jest w codziennym życiu zamówieniowca) gdybyście nie identyfikowali się ze swoją pracą? Chciałabym wykonywać swoją pracę dobrze. Moim zdaniem barierą w rozwoju pracy działu zamówień publicznych, a tym samym całej organizacji jest głównie niedocenienie / brak chęci nauki / brak motywacji finansowej. Ekspertami od zamówień publicznych nie są tylko ludzie o sławnych nazwiskach w branży, którzy występują na różnych konferencjach. Ekspertami nie są też tylko prawnicy / teoretycy, którzy wymądrzają się nad znaczeniem danego przepisu. Prawdą jest, że

ekspertami i bohaterami życia codziennego jesteście Wy wszyscy uczestnicy rynku zamówień publicznych. To Ty drogi czytelniku poprzez swoją codzienną pracę dajesz świadectwo profesjonalizacji kadr, i to zanim jeszcze to hasło zaczęło być modne. Nasz zawód jest pomijajmy. W zeszłorocznym spisie powszechnym nie było takiego zawodu jak specjalista ds. zamówień publicznych. To odpowiedzialna i wymagająca praca. A czy Ty poleciłbyś czy może odradził pracę w zamówieniach publicznych? Czy powyższy tekst odpowiedział na pytanie jak być ekspertem? Czy może ja jako autor tego artykułu według Twojej opinii niepotrzebnie zostałam zaproszona do jego napisania, bo porostu ekspertem nie jestem? Puentą niech będzie zdanie „zamówienia to stan umysłu”.



Jak zostać ekspertem w zamówieniach publicznych?



MACIEJ SOBIERAJ

Adwokat zajmujący się kompleksową obsługą klientów w zakresie prawa zamówień publicznych. Właściciel kancelarii bezpieczeństwa zajmującej się szeroko pojętym doradztwem dla branż security, cleanig oraz ubezpieczeniowej. Pełnomocnik stron w postępowaniach przez Krajową Izbą Odwoławczą oraz sądami powszechnymi.

Starając się odpowiedzieć na pytanie kim jest „ekspert” w dziedzinie zamówień publicznych oraz to czy w sposób uzasadniony mógłbym mówić o samym sobie używając tego pojęcia, za celowe postrzegam wyjść w pierwszej kolejności od analizy tego słowa w ujęciu prezentacji jego znaczenia przez słownik języka polskiego.

Jako eksperta opisuje się „specjalistę powołanego do wydania orzeczenia lub opinii w sprawach spornych będącego osobą uznawaną za autorytet w jakiejś dziedzinie”. Nie sposób nie zauważyć, że tak sformułowana definicja odsyła do konieczności jej uzupełnienia poprzez poznanie znaczenia kolejnego słowa jakim jest „specjalista”. Wyszukując go w tym samym słowniku dowiemy się, że takim mianem określa się „człowieka odznaczającego się gruntowną znajomością jakiejś dziedziny”.

Ocena powyższego pozwala przyjąć, że ekspertem będzie osoba, która nie tylko posiada ugruntowaną wiedzę w konkretnej dziedzinie, ale również konieczny dla otrzymania takiego statusu autorytet, rozumiany jako uznanie jakim obdarzona

jest ta osoba w danej grupie. Niezwykle trudno zatem dokonać oceny samego siebie stwierdzając, że posiada się predyspozycję do wydawania opinii w sprawach nieoczywistych, a dotyczących materii prawa zamówień publicznych, traktując taką opinię jako opinię eksperta.

Wieloletnie doświadczenie w obsłudze klientów mojej kancelarii w zakresie prawa zamówień publicznych pozwoliło mi z całą pewnością na wyjście poza schemat modelu pracy jaki można przypisać większości prawników.

Dzięki waleczności reprezentowanych przeze mnie wykonawców oraz skrupulatności zamawiających, którym przyszło mi w mojej pracy doradzać zrozumiałem, że codzienność potrafi przynieść wyzwania, o których nie traktują wprost leżące na moim biurku teksty ustaw i rozporządzeń. Każde z postępowań nauczyłem się traktować jako nowe wyzwanie i element osobistego rozwoju. Każde z setek postępowań w których reprezentowałem moich klientów powodowało, że stawałem się specjalistą nie tylko w zamówieniach publicznych ale też w tematyce usług jakie zamawiający chcieli

pozyskać, a wykonawcy w konsekwencji tego im zaoferować.

W trakcie mojego życia nieraz zdarzyło mi się usłyszeć, że na to kim jesteśmy i co sobą reprezentujemy wpływ mają wszyscy ludzie, których na swojej życiowej drodze przyjdzie nam spotkać. Patrząc na swoje doświadczenia i przebytą drogę, zarówno tą w zakresie edukacji jak i późniejszą zawodową uznać mogę, że stwierdzenie to jest całkowicie prawdziwe.

Nieocenioną wręcz wartością w procesie szukania rozwiązań dla przedstawianych nam kwestii staje się możliwość zasięgania opinii wśród innych praktyków zamówień publicznych. Wielokrotnie zdarza się, że w tak inicjowanym procesie w sposób szerszy lub bardziej szczegółowy możemy dokonać analizy elementów dla danej sprawy istotnych. Informacje przekazane przez osobę, która mierzyła się już z daną problematyką i wypracowała lub zna skuteczne rozwiązania są czymś co buduje nasze umiejętności nie tylko w zakresie samego stosowania przepisów, ale również możliwości sposobów postrzegania przedstawianych w nich zagadnień. W procesie konsultacji nie tylko otrzymujemy wiedzę, ale broniąc swoich stanowisk i wykazując ich słuszność potrafimy eliminować ewentualnie pojawiające się w tym zakresie wątpliwości.

Nie bez znaczenia dla sfery rozwoju będzie bez wątpienia również analiza orzeczeń wydawanych w sprawach zamówień publicznych. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądowe pozwala poznać aktualne dla danej kwestii linie orzecznicze, co pomaga w realizacji i ochronie interesów naszych klientów. Doświadczenie z licznych postępowań w których uczestniczyłem jako pełnomocnik stron nauczyło mnie, że sama analiza dostępnych nam wyroków i nawet przywoływanie ich treści bywa działaniem niewystarczającym dla osiągnięcia zamierzonych celów. Niejednokrotnie ku mojej satysfakcji orzekający swoją postawą, zrywając z utrwaloną linią orzecniczą, przedstawiał rozbudowaną i zaangażowaną argumentację, wydając orzeczenie, w którym odnosił się do najdrobniejszych nawet elementów stanu faktycznego danej sprawy. Doświadczenia

takie nakazują wręcz by każdą prowadzoną zawodowo analizę budować całościowo oraz szczegółowo w procesie własnych przekonań. Odpowiednia ich prezentacja oraz przekonanie o ich słuszności poparte własnym doświadczeniem pozwala spełniać się w roli specjalisty.

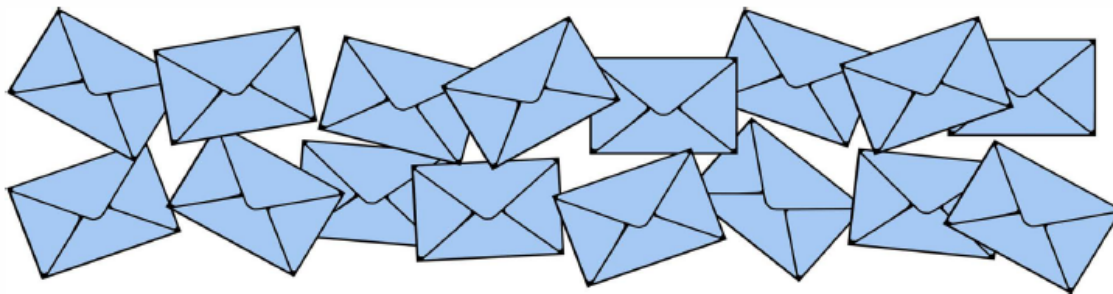
W mojej ocenie by zostać ekspertem w zamówieniach publicznych trzeba być specjalistą „kompletnym”. Przez pojęcie to rozumiem posiadanie doświadczenia danej osoby w pracy na rzecz wykonawców, ale i również zamawiających. Oba te środowiska, mimo iż funkcjonujące w tych samych realiach ustawowych przynoszą w moim przekonaniu wyzwania charakterystyczne dla każdej ze stron, które obrazują ich cele, niejednokrotnie różniące się wzajemnie od siebie.

Poznając rzeczywistość w jakiej funkcjonują wykonawcy i zamawiający oraz problemy jakie napotykają oni w swojej codzienności stajemy się specjalistami, których zakres postrzegania procedury zamówień publicznych odbywa się w właściwej dla tego optyce.

Cechą specjalisty będzie poza posiadanymi przez niego kompetencjami i doświadczeniem również forma w jakiej będzie on przedstawiał swoje opinie. Niezwykle istotnym w tym aspekcie jest by przy dbałości o jej kształt utrzymać zwięzłość, kompletność, klarowność i jednoznaczność w ujęciu merytorycznym.

Niezależnie od powyżej opisanych treści, z mojego punktu widzenia, cechy prawdziwego eksperta zrodzić się mogą tylko z pasji dla wykonywanych zadań.

Być ekspertem zamówień publicznych w moim pojmowaniu tego znaczenia to być osobą czerpiącą radość z konfrontacji, osobą o odpowiedniej energii i dynamiczności, osobą, która ze swojej pracy czerpie zwyczajnie satysfakcjonującą go radość.



Na pytania czytelników odpowiada

Józef Edmund Nowicki

Na czym polega odbiór jednostronny?

Odmowa odbioru robót budowlanych oznacza złamanie zasady zobowiązującej inwestora do współdziałania z wykonawcą przy całkowitym wykonaniu zobowiązania. Umowa o roboty budowlane powinna zawierać postanowienia dotyczące skutków niestawienia się inwestora lub wykonawcy w wyznaczonym czasie i miejscu odbioru oraz dokonania jednostronnego odbioru. Jednostronny protokół odbioru robót może sporządzić każda ze stron umowy o roboty budowlane. Protokół jednostronnego odbioru może stanowić podstawę do wystawienia faktury i żądania zapłaty wynagrodzenia przez wykonawcę. Jeżeli umowa o roboty budowlane nie przewiduje prawa strony do sporządzenia protokołu jednostronnego w przypadku niestawienia się drugiej strony do odbioru robót, strona, która stawiała się do odbioru, ma również prawo sporządzić protokół jednostronny. Jednostronny protokół odbioru robót może dotyczyć robót stanowiących przedmiot odbioru częściowego lub końcowego. Wykonawca ma prawo sporządzić jednostronny protokół odbioru, jeżeli od jego sporządzenia jest uzależniona wypłata należnego mu wynagrodzenia. Wzór jednostronnego protokołu odbioru robót budowlanych lub umowa o roboty budowlane powinny zawierać postanowienia zabezpieczające interes strony, a w przypadku wykonawcy również umożliwiające mu otrzymanie wynagrodzenia także w przypadku, gdy inwestor odmawia odbioru robót budowlanych pomimo zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do podjęcia czynności odbiorowych.

Czy podstawą ustalenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy i kwoty wadium, gdy zamawiający przewidział opcję, jest tylko wartość części gwarantowanej, czy cena całkowita oferty (wartość części gwarantowanej i opcji)?

Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp). Jeżeli zamawiający przewidział opcję, zabezpieczenie należytego wykonania umowy ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, tj. wartości części gwarantowanej i opcji. Zamawiający może zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości większej niż 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający powinien opisać w SWZ lub innych dokumentach zamówienia (zob. art. 452 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Jeżeli zamawiający przewidział opcję określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 1,5% (art. 281 ust. 4 ustawy Pzp) lub 3% (art. 97 ust. 2 ustawy Pzp) wartości zamówienia ustalonej zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp („Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień”).

Czy w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, udostępnionej na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamawiający może udostępnić informacje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i jak szczegółowe powinno być uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty przekazane wykonawcom, którzy złożyli oferty?

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

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

Zgodnie natomiast z art. 253 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Z przepisów art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wynika, że informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, zamawiający przekazuje wykonawcom, którzy złożyli oferty. Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, nie udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zamawiający może udostępnić informacje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego,

na stronie internetowej prowadzonego postępowania, pod warunkiem, że nie zostaną naruszone przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców 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. Wykonawcy, którzy złożyli oferty muszą otrzymać w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wyczerpującą i zrozumiałą informację o powodach odrzucenia oferty. Podanie tylko podstawy prawnej odrzucenia oferty jest niewystarczające.

Zamawiający musi 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 realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie.

Wagę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty

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 dowiaduje 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.”

Czy może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie wykazania, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa?

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Od tej zasady istnieją wyjątki, które z kolei określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien szczegółowo wyjaśniać, czy w odniesieniu do zastrzeganej informacji zachodzą wszystkie przesłanki do uznania takiej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub wprowadzie takie „wykazanie” fizycznie przekazuje, jednak jego treść jest na tyle ogólnikowa, iż na ocenę zasadności stanowiska wykonawcy nie pozwala, powinna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne.

Jeżeli wykonawca wykaże zamawiającemu, że zaszły wszystkie przesłanki dla dokonania skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - zamawiający musi takie informacje zachować w tajemnicy, zgodnie z wolą wykonawcy i nie może ich ujawniać.

W art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca uzależnił natomiast zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Wykazanie, że informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie powinno utrudniać pozostałym wykonawcom ocenę czy informacje zastrzeżone, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyroku z dnia 28 grudnia 2021 r., KIO 3513/21 i KIO 3514/21, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (...). Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych

dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne.”

Czy w trybie podstawowym, w wariantcie drugim (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp), zamawiający badając, czy zaoferowana cena w ofercie dodatkowej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinien ustalać średniej arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp z uwzględnieniem cen ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu?

Zgodnie 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.

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym, w wariantcie drugim (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp), obowiązek żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, może wystąpić także w stosunku do ofert dodatkowych. W przypadku gdy cena całkowita oferty dodatkowej złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, przez ceny wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10

ustawy Pzp należy rozumieć ceny ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oraz ofert dodatkowych.

Czy przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp ma zastosowanie do przypadku, gdy wykonawca w prowadzonym postępowaniu złożył podmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą?

Na podstawie art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy przypadku, gdy zamawiający posiada podmiotowe środki dowodowe, które wykonawca złożył w innym postępowaniu zakończonym lub jeszcze prowadzonym przez zamawiającego.

W trybie przetargu nieograniczonego zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp). W trybie podstawowym zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 274 ust. 1 ustawy Pzp).

Użyte w art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wyrażenie „które zamawiający posiada” oznacza podmiotowe środki dowodowe, które wykonawca złożył w innym postępowaniu zakończonym lub jeszcze prowadzonym przez zamawiającego. Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp nie dotyczy podmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do ich złożenia na podstawie art. 126 ust. 1 albo art. 274 ust. 1

ustawy Pzp. W takim przypadku, zgodnie z orzecnictwem, zamawiający może wezwać wykonawcę do potwierdzenia, że stan faktyczny przedstawiony w podmiotowych środkach dowodowych złożonych wraz z ofertą jest nadal aktualny.

Zamawiający wzywając wykonawcę na podstawie art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 ustawy Pzp poinformować wykonawcę, że jeżeli złożył podmiotowe środki dowodowe w innym postępowaniu zakończonym lub jeszcze prowadzonym przez zamawiającego, to nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w wezwaniu, jeżeli w odpowiedzi na wezwanie, w terminie wskazanym w wezwaniu, wskaże nazwę i numer postępowania (oznaczenie sprawy, numer referencyjny), w którym złożył podmiotowe środki dowodowe oraz potwierdzi, że te środki są prawidłowe i aktualne. Takie potwierdzenie wykonawca może również przekazać jako tekst wpisany do e-maila, o ile zamawiający dopuścił taki środek komunikacji elektronicznej. Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp ma zastosowanie także w przypadku wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp nie stanowi uprawnienia zamawiającego do żądania potwierdzenia, że podmiotowe środki dowodowe złożone wraz z ofertą są nadal aktualne, tylko uprawnienie wykonawcy do wskazania, że podmiotowe środki dowodowe, które zamawiający posiada są prawidłowe i aktualne. W przepisie art. 127 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zakłada, że zamawiający dysponuje wymaganymi podmiotowymi środkami dowodowymi, które zostały złożone przez wykonawcę w innym postępowaniu zakończonym lub jeszcze prowadzonym przez zamawiającego. W takim wypadku ponowne ich składanie przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego byłoby pozbawione sensu. Jednak decyzję co do wskazania tych podmiotowych środków dowodowych ustawodawca pozostawia wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do

złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych może, ale nie musi wskazać, że wymagane podmiotowe środki dowodowe zamawiający posiada i są one prawidłowe i aktualne.

Czy zamawiający może określić w umowie łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony w wysokości 70% wynagrodzenia brutto?

Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Przepis art. 436 pkt 3 ustawy Pzp nie określa limitu kar umownych, których mogą dochodzić strony. Określenie w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony w wysokości 70% wynagrodzenia brutto, nie narusza art. 436 pkt 3 ustawy Pzp.

Czy przepis art. 647 k.c. dotyczy tylko odbioru robót wykonanych w całości i bez wad?

Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę obiektu (robót budowlanych), które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, prawie zawsze rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych robót. W przepisie art. 647 k.c. jest mowa o odbiorze obiektu, a nie o „bezusterkowym” odbiorze obiektu. Wskazywanie na konieczność odbioru „bezusterkowego” statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono (zob.

wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 lutego 2012 r., V ACa 198/12). Inwestor może uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym (por. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12 oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 30 maja 2014 r., I A Ca 124/14).

Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać odbioru tych robót od braku jakichkolwiek usterek, albowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2014 r., V ACa 725/13).

W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora (zamawiającego) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Przepis art. 647 k.c. stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót. Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 października 2012 r., I ACa 1046/12). Rozróżnienie wad istotnych od nieistotnych jest o tyle ważne, że rzutuje na ocenę wykonania lub niewykonania zobowiązania.

Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 21 marca 2014 r., akt I ACa 842/13 na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Wyłącznie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, rzutując tym samym na

wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za ich wykonanie. Wady nieistotne oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 września 2012 r., I ACa 803/12).

Czy wezwanie wykonawcy na podstawie art. 126 ust. 3 i art. 274 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaga uzasadnienia?

Zgodnie z art. 126 ust. 3 i art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.

Przepisy art. 126 ust. 3 i art. 274 ust. 3 ustawy Pzp pozwalają na wezwanie wykonawcy lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, jednakże celem ustawodawcy nie było, aby przepisy te interpretować w taki sposób, iż w każdej sytuacji możliwe jest wielokrotne wzywanie wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze przesłankę wskazującą na możliwość wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w przypadku, gdy zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne należy zaznaczyć, że dokonując wezwania wykonawcy w tym trybie zamawiający powinien mieć uzasadnione wątpliwości co do aktualności złożonych uprzednio podmiotowych środków dowodowych.

Przepisy art. 126 ust. 3 i art. 274 ust. 3 ustawy Pzp to przepisy szczególne, modyfikujące art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Powoływanie się przez zamawiającego na przepisy art. 126 ust. 3 i art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacjach innych niż

jest to uzasadnione będzie nieuprawnione. Zamawiający, chcąc skorzystać z przepisów art. 126 ust. 3 i art. 274 ust. 3 ustawy Pzp musi mieć uzasadnione obawy, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne.

Należy zauważyć, że przepisy art. 126 ust. 3 i art. 274 ust. 3 ustawy Pzp odnoszą się do podmiotowych środków dowodowych, a więc do środków służących potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie art. 126 ust. 3 i art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może wielokrotnie wzywać wykonawcę do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia (np. w postępowaniach, które ze względu na wnoszone odwołania trwają bardzo długo).

W wyroku z dnia 17 września 2018 r., KIO 1777/18 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi charakteryzować się ciągłością, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany spełniać warunki nie tylko w dacie składania ofert, ale przez cały okres aż do zakończenia postępowania. Na taką interpretację wskazuje treść art. 26 ust. 2f Pzp2004. Zamawiający może zwrócić się o złożenie dokumentów, które stały się już nieaktualne na każdym etapie postępowania tak aby wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia aż do zakończenia postępowania. Dotyczy to jednak sytuacji, gdy w toku postępowania dokumenty wcześniej potwierdzające warunki udziału w toku postępowania stały się nieaktualne. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie zaś zdolnego wyłącznie na dzień składania ofert, dlatego też stan ich spełnienia musi być utrzymany również na moment ich złożenia.”

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 24 października 2018 r., KIO 2026/18 („Taka

niezbędność natomiast zaistnieje niewątpliwie wtedy, gdy pojawia się ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy, który w toku postępowania przestał spełniać warunki udziału w postępowaniu lub zaszły wobec niego przesłanki wykluczenia.”).

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

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) - dalej jako „uznk”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jak wynika z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż z przekazaniem takich informacji. Na wykonawcy, zastrzegającym taką informację, spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia

oznacza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Oznacza to również, że wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które poza tym postępowaniem, mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk.

W sytuacji, gdy wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące treści oferty oraz podmiotowe środki dowodowe zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, należy poddać analizie sposób realizacji wykazywania (udowodniania) przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

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.

W przypadku uznania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa nie stanowią takiej tajemnicy, powinien poinformować o tym fakcie wykonawcę, który takie informacje zastrzegł oraz pozostałych wykonawców. 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 także z punktu widzenia wszystkich 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.

Jak należy badać informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy?

Zgodnie z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

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

Natomiast stan dokumentów uznawany za aktualny określa treść rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415).

Na podstawie § 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania tego JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona w SWZ. Wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona złożył wraz ofertą JEDZ oraz wykaz robót budowlanych wykonanych i referencje. JEDZ oraz wykaz robót budowlanych wykonanych i referencje nie wymagają wezwania do złożenia, poprawienia ani uzupełnienia. Czy w takim przypadku zamawiający powinien wezwać wykonawcę na podstawie art. 139 ust. 2 do złożenia JEDZ i na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych i referencji?

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego do oferty wykonawcy dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

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

Podkreślenia wymaga, że JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (zob. art. 125 ust. 3 ustawy Pzp).

Na podstawie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw

wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie natomiast z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku, o którym mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. Jeżeli zamawiający, jeżeli przewidział w SWZ możliwość żądania JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, a wykonawca złożył ofertę wraz z JEDZ, zamawiający może odstąpić od wezwania tego wykonawcy do złożenia JEDZ.

Jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, a wykonawca złożył wraz z ofertą JEDZ z błędami lub niekompletny, zamawiający na podstawie art. 139 ust. 2 ustawy Pzp wzywa tego wykonawcę do złożenia JEDZ. W takim przypadku wezwanie wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia jednolitego dokumentu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp będzie nieuprawnione.

Samodzielne złożenie wraz z ofertą JEDZ zawierającego błędy lub niekompletnego, nie zwalnia zamawiającego od wezwania wykonawcy do złożenia JEDZ. Wezwanie wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia JEDZ może mieć miejsce dopiero, gdy wykonawca na wezwanie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp nie złożył JEDZ, jest on niekompletny lub zawiera błędy. Jeżeli wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona złożył wraz ofertą wykaz robót budowlanych wykonanych oraz referencje i dokumenty te nie wymagają wezwania do złożenia, poprawienia ani uzupełnienia (potwierdzają, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia), zamawiający może przyjąć te dokumenty i nie wzywać tego

wykonawcy do ich złożenia lub potwierdzenia, że są nadal aktualne. Problematyka samodzielnego uzupełniania podmiotowych środków dowodowych ma złożony charakter.

Z jednej strony trzeba mieć na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość, tj. zgodność z przepisami ustawy Pzp, z drugiej jednak strony, w przypadku wykazu robót budowlanych wykonanych i referencji, jeżeli wykaz i referencje potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, w tym również że roboty budowlane zostały wykonane należycie, wezwanie do ich złożenia byłoby nadformalizmem.

Co to są „kluczowe zadania dotyczące zamówień na roboty budowlane lub usługi”?

Pojęcie „kluczowych zadań” (inaczej także kluczowe części zamówienia) nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp, jednak jego wykładnię można odnaleźć w orzecznictwie. Za kluczowe zadania należy uznać prace, które stanowią elementy danego zamówienia o takiej wadze i znaczeniu, że ich wykonanie wymaga osobistego zaangażowania wybranego wykonawcy, którego kompetencje oraz osobista odpowiedzialność wobec zamawiającego powinny zwiększyć szanse na wykonanie tego szczególnego elementu, a w następstwie również całego przedmiotu zamówienia, z należytą starannością (por. wyrok z dnia 27 maja 2019 r., KIO 867/19 oraz z dnia 21 września 2021 r., KIO 1837/17).

Aby daną część przedmiotu zamówienia uznać za kluczowe zadanie, zamawiający musi wykazać, że takie zadanie ze względu na jego specyfikę, złożoność lub znaczenie dla prawidłowego wykonania całego przedmiotu zamówienia może musi być wykonane przez wykonawcę.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 12 stycznia 2021 r., KIO 3321/20, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać

za kluczowy i zobowiązujący wykonawcę do jego osobistego wykonania, niewystarczające jest strategiczne znaczenie zamówienia, gdyż przepisy Pzp2004 nie różnicują w tym zakresie obowiązków zamawiającego w zależności od wagi i rangi danego zamówienia. Zastrzeżenie takie winno opierać się na zindywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdalnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia. Izba wskazała, że zamawiający, w obliczu mankamentów wykonywania wcześniejszych umów powinien był ocenić, czy trudności te były incydentalne, czy też systemowe, a nadto winien był rozważyć podjęcie innych działań w postępowaniu dla zwiększenia prawidłowości wykonywanych prac. Izba podziela stanowisko wyrażone w uchwale z dnia 7 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO/KU 97/13, gdzie KIO stwierdziła, że: (...) zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy. W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie wykazał, by wyłącznie osobiste zaangażowanie wykonawcy w realizację wskazanego zakresu zamówienia stanowiło wyłączną gwarancję należytego wykonania zamówienia.”

Wymaganie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę lub poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi, jest elementem opisu przedmiotu zamówienia i podlega ocenie z uwzględnieniem art. 16 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, to przyjąć należy, że doszło do naruszenia zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji (zob. wyrok z dnia 5 lipca 2021 r., KIO 1381/21 i KIO 1388/21).

wPrzetargach.pl

NAJWIĘKSZY INTERNETOWY DZIENNIK O ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH



Aktualności



Orzecznictwo



Opinie prawne



Odpowiedzi na pytania



Komentarze praktyczne



Porady prawne