

Rażąco niska cena
czy błąd wyliczeniu
ceny

Doświadczenie
kierownika robót i
inspektora nadzoru

Funkcjonowanie
komisji
przetargowej

Naczelne zasady
badania rażąco
niskiej ceny

Zmiana SWZ
na 2 godziny
przed terminem
składania ofert

Dysponowanie
zależne,
bezpośrednie
i podmioty trzecie

Pozorna
waloryzacja
wynagrodzenia

Ocena wartości
gospodarczej
w tajemnicy
przedsiębiorstwa

Odpowiedzi
na pytania
czytelników

Opinie prawne

Rynek Przetargowy

DWUMIESIĘCZNIK UCZESTNIKÓW RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

MARZEC - KWIECIEŃ 2023 | Numer 2/2023 (7) | ISSN 2720-6084

**Aktualność podmiotowych
środków dowodowych**

**Brak podstaw wykluczenia w
ogłoszeniu o zamówieniu**

**Wezwanie do złożenia
podmiotowych środków
dowodowych po
unieważnieniu czynności
badania i oceny oferty**

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 Kołecki
Adw. Bartosz Majerski
Adw. Maciej Sobieraj
Piotr Wiśniewski

WAŻNE SERWISY
uzp.gov.pl
uzp.gov.pl/kio/wokanda/dzisiejsza
sejm.gov.pl
senat.gov.pl
miniPortal.uzp.gov.pl
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



Aktualność podmiotowych środków dowodowych ciągle budzi wątpliwości

Zgodnie z art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 Pzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż odpowiednio 10 dni lub 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Użyte w tych przepisach wyrażenie „aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych” budzi nadal wątpliwości.

Złożenie podmiotowych środków dowodowych tworzy domniemanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w którym wykonawca oświadcza, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Podmiotowe środki dowodowe są natomiast środkami służącymi potwierdzeniu między innymi brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Z przepisów art. 125 ust. 3, art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 Pzp wynika, że aktualność na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że ich treść musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia, tylko na dzień składania ofert. Rolą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp jest potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Złożone w trybie art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 Pzp podmiotowe środki dowodowe stanowią natomiast potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a przez fakt, że złożone podmiotowe środki dowodowe są aktualne na dzień ich złożenia, potwierdzają, że stan braku podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie uległ zmianie.

O aktualności podmiotowych środków dowodowych i innych problemach dotyczących stosowania przepisów o zamówieniach publicznych... warto przeczytać.

Józef Edmund Nowicki

Redaktor naczelny

Spis treści

	<i>OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU</i>		<i>KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCY</i>
5	Niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o podstawie wykluczenia z postępowania wykonawcy	38	Dysponowanie zależne, dysponowanie bezpośrednie i udostępnianie zasobu podmiotu trzeciego
	<i>RAŻĄCO NISKA CENA</i>		<i>KOMISJA PRZETARGOWA</i>
14	Rażąco niska cena czy błąd w obliczeniu ceny	40	Funkcjonowanie komisji przetargowej
	<i>RAŻĄCO NISKA CENA</i>		<i>WADIUM</i>
19	Ogólnikowość wyjaśnień i brak złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny	46	Nieskuteczne wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
	<i>RAŻĄCO NISKA CENA</i>		<i>PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE</i>
22	Kiedy zamawiający może stosować art. 30 ust. 4 ustawy Pzp?	49	Aktualność podmiotowych środków dowodowych
	<i>WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU</i>		<i>OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU</i>
25	Czy doświadczenie kierownika robót może być równe doświadczeniu inspektora nadzoru inwestorskiego	56	Niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia
	<i>ZMIANA TREŚCI SWZ I ZMIANA TERMINU SKŁADANIA OFERT</i>		<i>ZMIANY UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO</i>
27	Czy zmiana treści SWZ na dwie godziny przed upływem terminu składania ofert stanowi podstawę do unieważnienia postępowania	60	Czy zmiana oczekiwań społecznych może być podstawą do zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp
	<i>TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA</i>		<i>WALORYZACJA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY</i>
30	Ocena wartości gospodarczej w przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa	69	Pozorna waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy
	<i>KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCY</i>		<i>PODATEK VAT W OFERCIE</i>
35	Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych po unieważnieniu czynności badania i oceny ofert	71	Utrata zwolnienia z podatku VAT a błąd w obliczeniu ceny
		79	<i>Zamówienia publiczne w pytaniach i odpowiedziach</i>



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

Ciekawe wyroki
Komentarze praktyczne
Webinary
Doradztwo
Opinie prawne

Przy kawie o ustawie

NIEZAMIESZCZENIE W OGŁOSZENIU O ZAMÓWIENIU INFORMACJI O PODSTAWIE WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA WYKONAWCY

**SAMO NARUSZENIE PROCEDUR OBOWIĄZUJĄCYCH PRZY WYKORZYSTANIU
ŚRODKÓW POCHODZĄCYCH Z BUDŻETU UE NIE OZNACZA AUTOMATYCZNIE
OBOWIĄZKU STOSOWANIA KOREKT I ZWROTU ŚRODKÓW UNIJNYCH**

W toku kontroli IZ RPO WŁ zwróciła się do Beneficjenta (Zamawiającego) z prośbą m.in. o wskazanie przyczyny braku zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu (opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) informacji określonych w art. 41 pkt 7, 7a i 9 Pzp2004 (warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, kryteria oceny ofert i ich znaczenie).

Beneficjent wyjaśnił, że ich niezamieszczenie było spowodowane niedostosowaniem wzoru ogłoszenia zamieszczanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do wymogów art. 41 Pzp2004, tj. brakiem we wzorze ogłoszenia rubryk przeznaczonych na zamieszczenie przedmiotowych informacji. Beneficjent argumentował, że w sytuacji sprzeczności ustawy Pzp2004 z Rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz.UE.L 296 z 12.11.2015, str. 1), zgodnie z normą kolizyjną wskazaną w art. 91 ust. 3

Konstytucji RP, pierwszeństwo w stosowaniu ma ww. rozporządzenie.

Beneficjent powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 marca 2012 r., II GSK 295/11 oraz stanowisko Ministerstwa Rozwoju z dnia 25 sierpnia 2017 r., zgodnie z którym „Przygotowane przez Komisję Europejską formularze służące publikacji ogłoszeń nie przewidują m.in. obowiązku zamieszczania w ich treści informacji dotyczących podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Powyższe okoliczności mogą uniemożliwiać zamawiającym spełnienie wymogu wynikającego z art. 41 Pzp2004. (...) Nieuzasadnionym byłoby stosowanie korekt finansowych za niezamieszczenie w ogłoszeniu tzw. pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz o dokumentach potwierdzających spełnianie tych warunków, jeśli byłoby to spowodowane wyłącznie ograniczeniami technicznymi czy narzuconymi rozwiązaniami technicznymi. (...) W dniu 20 maja 2016 r. zwrócono się do Komisji Europejskiej z prośbą o podjęcie działań legislacyjnych w celu usunięcia stwierdzonych błędów w formularzach (...)” Beneficjent wskazał, iż biorąc pod uwagę powyższe, jego działanie nie może być

traktowane jako podstawa do działań korygujących. W jego ocenie nie nastąpiło naruszenie prawa stanowiące przesłankę nieprawidłowości, gdyż wypełniając wzór ogłoszenia zgodnie z rubrykami przygotowanymi przez Komisję Europejską zachował się zgodnie z wymaganiami prawa europejskiego. Zdaniem Beneficjenta polski i unijny ustawodawca powinien w pierwszej kolejności usunąć wszelkie sprzeczności legislacyjne, a dopiero później oceniać zachowanie adresatów norm prawnych.

Beneficjent zwrócił uwagę, że od dnia 1 stycznia 2021 r. w polskim prawie nie funkcjonuje już przepis analogiczny do art. 41 Pzp2004 i od tego dnia niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu danych ujętych w przedmiotowym artykule nie jest naruszeniem żadnego z przepisów prawa zamówień publicznych. Beneficjent podkreślił, że powyższa zmiana ustawy była efektem konieczności jej dostosowania do przepisów Unii Europejskiej. Zdaniem Beneficjenta, jego zachowanie nie naruszyło prawa unijnego, a jedynie prawo krajowe w takim zakresie, w jakim okazało się niezgodne z prawem unijnym.

Ponadto Beneficjent wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu podano link do strony internetowej, na której zamieszczono dane pozwalające wykonawcom na bezpośredni dostęp do informacji wymaganych w art. 41 Pzp2004, jak również powołała się na wyrok wydany przez Sąd Apelacyjny w Łodzi, który w analogicznej, zdaniem Beneficjenta, sytuacji, w przypadku projektu realizowanego przez Miasto P., uznał za nieuzasadnione nałożenie korekty z tytułu braku wskazania w ogłoszeniu danych wymaganych w art. 41 Pzp2004.

W dniu 30 września 2021 r. IZ RPO WŁ sporządziła pierwszą informację pokontrolną, w której wskazała nieprawidłowość skutkującą nałożeniem korekty finansowej za naruszenie przez zamawiającego art. 41 pkt 7, 7a i 9 Pzp2004 poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia, wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

oraz brak podstaw wykluczenia, oraz kryteriów oceny ofert. Prawidłowe wypełnienie normy wynikającej z art. 41 Pzp2004 nakazuje obligatoryjne ujęcie przedmiotowych informacji w treści ogłoszenia.

IZ RPO WŁ wskazała, iż przedmiotowe dane są istotnym elementem procedury i muszą być w sposób precyzyjny wskazane przez zamawiającego już na etapie wszczęcia postępowania. IZ RPO WŁ powołała się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2018 r., KIO/KD 67/17, w której wskazano, że „treść ogłoszenia o zamówieniu stanowi dla wykonawców ważną informację dotyczącą warunków ubiegania się o dane zamówienie publiczne (stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwiać wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne)”. Zatem brak zamieszczenia w ogłoszeniu informacji wymaganych przepisami prawa skutkuje również naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Beneficjent przekazał zastrzeżenia do powyższej informacji pokontrolnej wnosząc „o zmianę oceny zachowania Beneficjenta, w zakresie naruszeń wskazanych w informacji pokontrolnej przez przyjęcie, że nie doszło do naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych i wystąpienia nieprawidłowości indywidualnych w rozumieniu rozporządzenia ogólnego i w efekcie odstąpienie od podejmowania działań korygujących w tym zakresie.”

Beneficjent wskazał, iż jego zdaniem w przedmiotowej sprawie brak jest nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013. Beneficjent powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2016 r., II GSK 1128/15, w którym wskazano, że nie zasługuje na aprobatę takie stanowisko organów, w którym nieprawidłowość utożsamiana jest wyłącznie z jakimkolwiek naruszeniem zasad udzielania zamówień

publicznych i nakładając korektę finansową na beneficjenta, odstępuje się od analizy i wykazania skutków budżetowych naruszenia, jego charakteru czy wagi, poprzestając faktycznie na zacytowaniu postanowień Taryfikatora.

Beneficjent przywołał także art. 11 ust. 7 Pzp2004, w myśl którego zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz.UE.L 296. z 12.11.2015, str. 1), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp2004. Argumentował, iż w związku z wejściem w życie przepisów przewidujących nowe wzory formularzy do publikacji ogłoszeń, pojawił się istotny problem praktyczny wynikający z braku fizycznej możliwości podania niektórych danych w ogłoszeniu o zamówieniu z uwagi na ograniczoną liczbę znaków, a zatem w sytuacji, gdy nie jest możliwe wprowadzenie pełnej treści zapisów, zamawiający powinien wskazać wymagane informacje w niezbędnym zakresie, zaś pełna treść zapisów powinna być dostępna online na stronie internetowej podanej obowiązkowo w ogłoszeniu o zamówieniu. W tym zakresie Beneficjent odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2017 r., KIO 101/17 i wskazał, że w jego ocenie w tej sprawie wystąpiła analogiczna sytuacja, gdyż w formularzu ogłoszenia, którym zamawiający obowiązkowo miał się posłużyć, nie było możliwości wskazania wszystkich informacji związanych z wszczętym postępowaniem z uwagi na ograniczoną liczbę znaków oraz brak uwzględnienia w formularzu pozycji, w których należałoby umieścić dane dotyczące podstaw wykluczenia, wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz kryteriów oceny ofert.

Beneficjent argumentował, iż w sekcji 1.3) ogłoszenia wskazał adres strony internetowej, pod którą można było uzyskać dostęp do dokumentów, co jego zdaniem świadczyło o dopełnieniu wszelkich wymagań związanych z prawidłowym przygotowaniem ogłoszenia o zamówieniu.

Na poparcie swojego stanowiska Beneficjent odwołał się ponownie do stanowiska Ministerstwa Rozwoju z dnia 25 sierpnia 2017 r. Zdaniem Beneficjenta w przedmiotowej sprawie nie sposób uznać, że jego działania mogły mieć szkodliwy wpływ na budżet UE, gdyż były zgodne z prawem unijnym. Oferta, która została uznana za najkorzystniejszą, była w rzeczywistości mniejsza od pierwotnie przewidzianych wydatków, a zamówienie zostało prawidłowo zrealizowane, zatem zdaniem Gminy S. nie można uznać, że w postępowaniu doszło do nieprawidłowości związanej z wydatkowaniem środków unijnych, mającej szkodliwy wpływ na budżet UE.

Odnośnie do zarzutu naruszenia zasad konkurencyjności Beneficjent argumentował, że okoliczność niewskazania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji znajdujących się w SIWZ, do której zamawiający odsyłał poprzez podanie w ogłoszeniu strony internetowej, nie wpływała na krąg podmiotów, które mogły wziąć udział w postępowaniu, ani na kryteria dotyczące wyboru wykonawcy. Zdaniem Beneficjenta wykonawcy, którzy chcieli wziąć udział w postępowaniu, nie mieli trudności w ustaleniu czy są w stanie zrealizować zamówienie i jaką ofertę złożyć, gdyż każdy wykonawca, zarówno krajowy jak i zagraniczny, który chciałby wziąć udział w postępowaniu, zapoznałby się z SIWZ. W ocenie Gminy S. żaden podmiot profesjonalny mający zamiar wziąć udział w postępowaniu nie skupia się wyłącznie na treści ogólnego ogłoszenia o zamówieniu, które pełni rolę niejako pierwszego kontaktu zamawiającego z wykonawcą. Ponadto Beneficjent uznał, że brak wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia paradoksalnie mógłby przyczynić się do złożenia

większej ilości ofert w postępowaniu, a nie do ich ograniczenia.

IZ RPO WŁ w ostatecznej informacji pokontrolnej uznała za niezasadne zastrzeżenia Beneficjenta i utrzymano w mocy ustalenia dotyczące stwierdzonego naruszenia art. 41 pkt 7, 7a i 9 Pzp2004.

IZ RPO WŁ podkreśliła, że Beneficjent nie wskazując w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny ofert, podstaw wykluczenia oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, nie odwołał się też do właściwych punktów SIWZ, gdzie wykonawcy mogliby przedmiotowe informacje odnaleźć. Brak tychże informacji oraz czytelnego, precyzyjnego odesłania do SIWZ mógł mieć zatem skutek odstraszający i wpłynąć na ograniczenie zainteresowania postępowaniem przez wykonawców zarówno krajowych, jak i zagranicznych.

W ocenie IZ RPO WŁ, w kontrolowanym postępowaniu Beneficjent potencjalnie naraził budżet Unii Europejskiej na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Dla nałożenia sankcji wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Zdaniem IZ RPO WŁ, w przedmiotowej sprawie Beneficjent nie wykazał w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, że z uwagi na istniejące ograniczenia techniczne, w tym limit znaków dla poszczególnych sekcji ogłoszenia, poszczególne informacje, o których mowa w art. 41 Pzp2004, zawarte zostaną w dokumentacji przetargowej np. w SIWZ. Co więcej, w ocenie IZ RPO WŁ mała objętość tekstu znajdującego się w sporządzonym przez Zamawiającego ogłoszeniu o zamówieniu wskazuje, iż limit znaków dla poszczególnych sekcji ogłoszenia nie został wyczerpany w przedmiotowym przypadku.

W ocenie organu z uwagi na to, że ogłoszenie o zamówieniu jest pierwszym dokumentem, z którym stykają się potencjalni wykonawcy, zawarte w nim informacje stanowią źródło wiedzy o prowadzonym postępowaniu i są bardzo istotne w kontekście umożliwienia wykonawcom podjęcia decyzji o udziale w postępowaniu. Jednocześnie uczestnicy postępowania mają prawo oczekiwać jednakowych kryteriów weryfikacyjnych, które zabezpieczą ich przed dyskryminacją i nierównym traktowaniem oraz zagwarantują, że zamawiający podczas wyboru oferty będzie opierał się na przepisach Pzp2004.

W ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym postępowania pn. „Ochrona powietrza w gminie S. poprzez montaż odnawialnych źródeł energii” i opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 marca 2020 r., strona nie zamieściła wszystkich wymaganych informacji na temat podstaw wykluczenia, wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, a także kryteriów oceny ofert i ich znaczenia. Zabrakło chociażby ogólnej informacji dotyczącej podstaw wykluczenia, nie przedstawiono wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, jak również wykazu dokumentów na potwierdzenie warunków zdolności technicznej lub zawodowej oraz warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W zakresie kryteriów oceny ofert w punkcie 11.2.5) wskazano jedynie, iż „Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia”.

Zdaniem organu, strona nie wykazała w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, że z uwagi na istniejące ograniczenia techniczne, w tym dopuszczalny limit znaków dla poszczególnych sekcji ogłoszenia, informacje dotyczące podstaw wykluczenia, wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, jak również kryteriów

oceny ofert i ich znaczenia zawarte zostały w dokumentacji przetargowej np. SIWZ. Zabrakło czytelnego i precyzyjnego odwołania do właściwych punktów SIWZ, gdzie wykonawca mógłby ww. informacje odnaleźć, wraz ze wskazaniem adresu internetowego, pod którym bezpośrednio byłyby dostępne dokumenty przetargowe. W ogłoszeniu o zamówieniu, w punkcie 1.1) Nazwa i adresy, strona zamieściła swój główny adres internetowy (...), natomiast w punkcie 1.3) Komunikacja wskazano, że nieograniczony, pełny i bezpośredni dostęp do dokumentów zamówienia można uzyskać bezpłatnie pod adresem: (...). Należy zaznaczyć, że linki zawarte w przedmiotowych punktach ogłoszenia o zamówieniu prowadziły do głównej strony internetowej Gminy S. oraz Biuletynu Informacji Publicznej dla Gminy S., a tym samym w ogłoszeniu zabrakło wskazania linku prowadzącego bezpośrednio do strony internetowej zawierającej SIWZ lub informację o przedmiotowym zamówieniu. Choć art. 42 Pzp2004 nie zawiera sformułowania o bezpośredniości dostępu SIWZ, to jednak przepis ten stanowi implementację do prawa krajowego art. 53 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego obowiązkiem podmiotów zamawiających jest zapewnienie za pomocą środków elektronicznych nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu do dokumentów zamówienia, od daty publikacji ogłoszenia lub od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Dostęp bezpośredni oznacza, iż wykonawcy powinni mieć możliwość otrzymania (pobrania) dokumentacji bez konieczności wypełniania dodatkowych formalności (np. bez składania odrębnych wniosków do instytucji zamawiającej), a więc bez konieczności każdorazowego przekazywania dokumentów przez instytucję zamawiającą. (zob.: J. Pawelec, Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej,

energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz, Warszawa 2017).

Organ zauważył, że strona nie wykorzystała w pełni możliwości wypełnienia wymaganych informacji w formularzu ogłoszenia o zamówieniu i nie wyczerpała limitu znaków dla wszystkich sekcji ogłoszenia, bowiem np. punkt 11.2.14) Informacje dodatkowe, pozostawiono niewypełniony. W przypadku, w którym zamawiający nie są w stanie zamieścić wszystkich informacji wymaganych przepisami Pzp2004 w odpowiedniej sekcji formularza ogłoszenia, powinni skorzystać z sekcji dedykowanych informacjom dodatkowym. Natomiast jeśli w dalszym ciągu niemożliwe jest podanie wszystkich niezbędnych informacji, zasadnym może być zamieszczenie w treści ogłoszenia odesłania do strony internetowej, na której opublikowana została treść SIWZ.

Zdaniem Organu, naruszenie przez Stronę art. 41 pkt 7, 7a i 9 Pzp2004, przy jednoczesnym braku czytelnego, precyzyjnego odesłania do SIWZ, mogło spowodować ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Skoro na podstawie ogłoszenia o zamówieniu nie były znane podstawy wykluczenia, wymagane w postępowaniu dokumenty czy też kryteria oceny ofert i ich znaczenie, lub zapoznanie się z nimi było utrudnione, w opinii Organu mógł być to czynnik zniechęcający potencjalnych wykonawców do złożenia oferty, zwłaszcza wykonawców spoza Polski. Wykonawcy, nie wiedząc, czy są uprawnieni do złożenia oferty i czy zostaną wykluczeni, oraz w jaki sposób ich oferta byłaby oceniona, mogli odstąpić od jej złożenia mając utrudniony dostęp do informacji. Organ zwrócił uwagę, iż w ramach postępowania do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta i nie otrzymał on ofert z obszaru innych państw UE. Nie można zatem zdaniem Organu wykluczyć, że gdyby zapisy ogłoszenia o zamówieniu zawierały kompletne informacje wymagane treścią art. 41 Pzp2004, krąg potencjalnych wykonawców byłby inny, a przedstawione przez nich oferty korzystniejsze.

W ocenie organu, zachowanie zamawiającego naruszyło zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców oraz spowodowało trudne do oszacowania skutki finansowe, związane z tym, że mógł on utracić możliwość wyboru potencjalnie korzystniejszej oferty, co w konsekwencji mogło doprowadzić do powstania szkody w budżecie UE.

W wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., III SA/Łd 658/22, WSA w Łodzi uwzględnił skargę Beneficjenta.

Zdaniem sądu w sporze tym rację przyznać należy skarżącej.

Podkreślenia wymaga jednak, że samo naruszenie procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków pochodzących z budżetu UE nie oznacza automatycznie obowiązku stosowania korekt i zwrotu środków unijnych. Konieczna jest bowiem ocena skutków tego naruszenia w kontekście uregulowań określonych w art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013. Zgodnie z treścią art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 „nieprawidłowością” oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Dla zaistnienia obowiązku stosowania korekt i zwrotu środków unijnych muszą zostać spełnione dwie następujące przesłanki:

- po pierwsze musi mieć miejsce naruszenie procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków unijnych (określonych m.in. Pzp2004 lub w umowie o dofinansowanie),
- po drugie naruszenie to spowodowało lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE (por. wyrok NSA z dnia 20

listopada 2014 r., II GSK 917/13, LEX nr 1657890).

W orzecznictwie sądów administracyjnych, w oparciu o linię orzeczniczą TSUE, prezentowane jest jednolite stanowisko zgodnie z którym z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że naruszeniu procedury nie musi towarzyszyć powstanie rzeczywistej szkody, bowiem wystarczająca jest potencjalna możliwość spowodowania takiej szkody. Oznacza to, że szkoda nie musi być konkretną stratą finansową, a do stwierdzenia, że miała miejsca nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie powstania szkody (por. np. wyrok NSA z dnia 17 czerwca 2020 r., I GSK 108/20, LEX nr 3029576 wyrok NSA z dnia 25 października 2016 r., II GSK 2438/16, LEX nr 216872, wyrok WSA w Gliwicach z dnia 12 października 2021 r., III SA/GI 385/21, Lex nr 3252086).

W rozstrzyganej sprawie niespornym jest prawidłowe ustalenie organów, że skarżąca w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 27 marca 2020 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod poz. 2020) S 062-147523 nie zamieściła podstaw wykluczenia, wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Odnośnie do Kryteriów udzielenia zamówienia skarżąca w sekcji II.2.5) wskazała, że cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia, wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji



zamówienia. Stwierdzone przez organ braki w ogłoszeniu o zamówieniu stanowią naruszenie przez zamawiającego art. 41 pkt 7, 7a i 9 Pzp2004.

Zgodnie z art. 41 Pzp2004 (w wersji obowiązującej w dacie zamieszczenia ogłoszenia o przetargu przez skarżącą) ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 Pzp2004), zawiera m. in. warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia.

Zgodnie z art. 7 Pzp2004 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Także § 20 ust. 1 umowy o dofinansowanie zobowiązuje beneficjenta do udzielania zamówień w ramach projektu w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

W ocenie organu zaniechanie zamawiającego polegające na nie zawarciu w ogłoszeniu jego obligatoryjnych elementów, o których mowa m. in. w art. 41 pkt 7 Pzp2004 stanowiło naruszenie zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji, które mogło doprowadzić do potencjalnego zawężenia kręgu podmiotów zainteresowanych udziałem w przetargu.

W rozstrzyganej sprawie sąd podziela stanowisko organów wskazujących, że specyfika uchybień związanych z naruszeniem procedur udzielania zamówień publicznych wskazuje, że z reguły ustalenie szkody jako elementu nieprawidłowości skutkującej obowiązkiem zwrotu środków, będzie miało charakter rozważań hipotetycznych. Praktycznie bowiem nie da się wskazać w sposób jednoznaczny, że w wyniku naruszenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, powstała szkoda dająca się wymiernie określić. Nie jest bowiem możliwe jednoznaczne stwierdzenie, że przy prawidłowym sformułowaniu ogłoszenia o

przetargu, zawierającym wszystkie elementy wskazane w art. 41 Pzp2004, do przetargu przystąpiłoby więcej wykonawców, którzy zaoferowaliby korzystniejsze warunki realizacji zamówienia. Za nietrafne jednak sąd uznał stanowisko organu, że pominięcie w ogłoszeniu o zamówieniu jego obligatoryjnych elementów wskazanych w art. 41 pkt 7 Pzp2004 mogło mieć wpływ na zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, a tym samym naruszenie zasady konkurencyjności, zmniejszając szanse uzyskania przez zamawiającą optymalnej oferty z ekonomicznego punktu widzenia.

Przy ocenie potencjalności wpływu naruszenia na budżet UE należy brać pod uwagę powagę naruszenia, wątpliwości wynikające z wykładni lub związane ze stosowaniem naruszonych przepisów, ilość dokonanych naruszeń oraz ich przyczynę. W rozstrzyganej sprawie strona konsekwentnie w toku postępowania powołuje się na okoliczność niedostosowania obowiązujących unijnych formularzy ogłoszeń o zamówieniu do wymogów polskiego prawa zamówień publicznych oraz bardziej restrykcyjny charakter uregulowań zawartych w prawie krajowym w odniesieniu do regulacji unijnej.

Zgodnie z art. 49 tzw. „dyrektywy klasycznej” ogłoszenia o zamówieniu są wykorzystywane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w odniesieniu do wszelkich procedur bez uszczerbku dla art. 26 ust. 5 akapit drugi i art. 32. Ogłoszenia te zawierają informacje określone w załączniku V część C i są publikowane zgodnie z art. 51. W załączniku tym wskazane zostały informacje jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z częścią C pkt 2 w ogłoszeniu należy zamieścić adres e-mail lub adres internetowy, pod którym umożliwiony zostanie nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia. Element ogłoszenia winny stanowić także warunki udziału, w tym: lista i krótki opis kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, oraz kryteriów kwalifikacji; minimalne poziomy ewentualnie wymaganych

standardów; wskazanie wymaganych informacji (oświadczenia własne, dokumentacja) pkt 11 lit. c załącznika C. Z kolei stosownie do pkt 18 załącznika C w ogłoszeniu wskazać należy kryteria stosowane na potrzeby udzielenia zamówienia lub zamówień. Z wyjątkiem przypadków, gdy najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę ustala się wyłącznie na podstawie ceny, kryteria związane z ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie oraz ich wagę wskazuje się, jeżeli nie zostało to podane w specyfikacjach lub w przypadku procedury dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym. Wskazany przepis, w sytuacji, gdy to nie cena jest jedynym kryterium wyboru, lecz zamawiający decyduje się na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie zobowiązuje do wskazania tych kryteriów i ich wagi w ogłoszeniu tylko jeżeli nie zostały one wskazane w SIWZ. W rozstrzyganej sprawie nie jest kwestionowane przez organ, że opublikowany w tym samym dniu na stronie internetowej wskazanej w ogłoszeniu SIWZ dotyczący kontrolowanego zamówienia zawierał wyczerpujące wskazanie kryteriów wyboru oferty oraz ich wagi.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wszystkie organy państw członkowskich są związane zasadą pierwszeństwa prawa unijnego; wymóg ten dotyczy sądów krajowych, organów administracyjnych, samorządu terytorialnego. Zasada ta znajduje swoje oparcie w art. 288 akapit 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz w drodze wykładni art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z którego wyprowadza się regułę, że w przypadku rozbieżności pomiędzy przepisami prawa krajowego, a prawem unijnym, jeżeli tej rozbieżności nie da się usunąć w drodze wykładni, to zastosowanie ma zasada pierwszeństwa prawa unijnego i to niezależnie od rangi porównywanych norm. Zasada ta dotyczy wszystkich rodzajów aktów normatywnych w wewnętrznym porządku prawnym. W związku z tym wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z wystąpieniem w

rozstrzyganej sprawie nieprawidłowości skutkującej obowiązkiem korekty należy odnieść do przepisów dyrektywy klasycznej i decyzji Komisji z dnia 14 maja 2019 r. ustalającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z dnia 15 lipca 1964 r., w sprawie C-6/64 F. przeciwko E. orzekł, że prawa wydane przez instytucje europejskie włączają się do systemu prawnego państw członkowskich, które zobowiązane są do ich przestrzegania. Prawo wspólnotowe jest więc nadrzędne w stosunku do prawa krajowego. W ten sposób, jeśli norma krajowa jest sprzeczna z przepisem wspólnotowym, władze państw członkowskich muszą stosować przepis wspólnotowy. Prawo krajowe nie jest zniesione czy uchylone, jedynie jego moc wiążąca jest zawieszona. W wyroku z dnia 9 marca 1978 r., w sprawie C-106/776 Simmenthal Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przepisy prawa wspólnotowego są bezpośrednim źródłem praw i obowiązków dla tych wszystkich, do których się odnoszą, to jest dla państw członkowskich oraz podmiotów prywatnych będących stronami stosunków prawnych na podstawie prawa wspólnotowego. Dotyczy to również każdego sądu krajowego, którego zadaniem - jako organu państwa członkowskiego - jest ochrona praw podmiotowych przyznanych przez prawo wspólnotowe. Zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego postanowienia Traktatu i bezpośrednio obowiązujące akty prawne wydane przez instytucje wspólnotowe po ich wejściu w życie nie tylko automatycznie wyłączają stosowanie jakichkolwiek sprzecznych z nimi aktów prawa krajowego, ale również wykluczają przyjęcie przez parlament państwa członkowskiego nowych ustaw, które byłyby niezgodne z przepisami prawa wspólnotowego. Sąd krajowy, który stosuje prawo wspólnotowe, ma obowiązek zapewnić pełną jego skuteczność, a gdy jest to konieczne - odmówić zastosowania

przepisów krajowych niezgodnych z prawem wspólnotowym nawet wówczas, gdy zostały przyjęte później niż akt prawa wspólnotowego. Nie do pogodzenia z wymogami wynikającymi z samej natury prawa wspólnotowego byłyby przepisy krajowe, jak również praktyka legislacyjna, administracyjna lub sądowa, które prowadziłyby do zmniejszenia skuteczności prawa wspólnotowego, pozbawiając sąd krajowy orzekający w sprawie i stosujący prawo wspólnotowe możliwości uczynienia wszystkiego, co konieczne, aby uchylić stosowanie prawa krajowego stojącego na przeszkodzie (nawet tymczasowo) pełnej skuteczności norm wspólnotowych.

Kierując się powyższymi zasadami przyjąć należy, że skoro przepisy unijne nie nakładają obowiązku publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny oferty i ich wagi w sytuacji, gdy to nie cena jest jedynym kryterium wyboru, lecz zamawiający decyduje się na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a kryteria te zostały w sposób wyczerpujący wskazane w SIWZ to brak jest w ocenie sądu podstaw do przyjęcia, że skarżąca dopuściła się w tym zakresie nieprawidłowości skutkującej obowiązkiem nałożenia korekty finansowej.

W odniesieniu do niepełnego wskazania warunków udziału w przetargu (oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału) podkreślić należy, że w tym zakresie strona wyczerpała limit znaków dostępny w formularzu, a wszystkie niezbędne informacje zostały precyzyjnie wskazane w SIWZ opublikowanym na stronie internetowej wskazanej w ogłoszeniu, a zatem jak wynika z argumentacji podnoszonej przez organ w zaskarżonej decyzji i w toku postępowania okoliczność ta winna nie wywoływać dla niej negatywnych konsekwencji.

Z kolei jak chodzi o brak wskazania w ogłoszeniu o przetargu podstaw wykluczenia oraz dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu wskazać należy, że wzór obowiązującego formularza do publikacji

ogłoszeń został ustalony Rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) z dnia 11 listopada 2015 r. nr 2015/1986 (Dz. U.L.296 z dnia 12 listopada 2015 r., s 1). Wzór ten został zastosowany przez stronę w rozstrzyganej sprawie do publikacji spornego ogłoszenia. W sprawie niespornym jest, że formularz ten nie zawiera właściwej rubryki umożliwiającej wskazanie podstaw wykluczenia, zaś wszystkie niezbędne informacje w tym zakresie skarżąca zamieściła w SIWZ. W ocenie sądu z przywoływanego przez stronę oraz organ pisma Ministerstwa Rozwoju z dnia 25 sierpnia 2017 r. wynika, że strony nie powinny obciążać negatywne konsekwencje zaistniałej sytuacji. Skoro bowiem strona zobowiązana jest do stosownie unijnego formularza ogłoszenia o zamówieniu, a formularz ten nie zawiera rubryki dotyczącej podstaw wykluczenia, to sprzeczność regulacji między prawem unijnym, a polskim nie powinna być podstawą do nałożenia na stronę korekty, bowiem przy wydatkowaniu środków nie doszło do naruszenia prawa unijnego, nie sposób też zgodzić się z organem, że powyższe uchybienie mogło mieć skutek odstraszający potencjalnych oferentów wpływając w sposób negatywny na zasadę konkurencyjności.

W ocenie sądu treść ogłoszenia nie wprowadzała potencjalnych oferentów w błąd nie zawierała warunków dyskryminujących czy zniechęcających do wzięcia udziału w postępowaniu. Naruszenie zasady przejrzystości nie doprowadziło zatem wbrew stanowisku organu do zachwiania konkurencyjności czy też nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, które mogłoby mieć szkodliwy wpływ na budżet UE.

**Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego
w Łodzi z dnia 15 lutego 2023 r., III SA/Łd
658/22, LEX nr 3504098**

RAŻĄCO NISKA CENA CZY BŁĄD W OBLICZENIU CENY

ZAMAWIAJĄCY NAKAZAŁ WYJAŚNIENIE KILKUDZIESIĘCIU POZYCJI
KOSZTORYSOWYCH WSKAZUJĄC, ŻE STANOWIĄ ONE
ISTOTNE CZĘŚCI SKŁADOWE CENY

Odpowiadając na wezwanie Przystępujący wskazał: „wartość naszej oferty 10 933 322,40 zł brutto stanowi bilans sprzyjających, wypracowanych przez Wykonawcę optymalnych warunków w zakresie kosztów i czynników cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia, w tym dużej dostępności i konkurencyjności w zakresie zakupu usług i materiałów a także sprzyjających warunków pracy. Ponadto pragniemy zwrócić uwagę, że nasza oferta jest powyżej kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tj. kwoty 9 997 699,31 zł brutto PLN. Nasza cena stanowi 109,36% kosztorysu inwestorskiego. Warto również zaznaczyć, że dwie oferty złożone w niniejszym postępowaniu, znacznie odbiegają od realiów rynkowych, jednocześnie mając wpływ na zawyżoną średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert. Oferty te przewyższają budżet Zamawiającego odpowiednio: o 40,03% i 91,60%.

Jednocześnie Wykonawca informuje, że w wyliczeniu ceny ofertowej uwzględnione zostały wszelkie obowiązki postawione na wykonawcę zamówienia publicznego opisane w dokumentacji przetargowej, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami oraz projektowanych postanowień umowy, a także specyfikacji technicznych.

Również przy wyliczeniu ceny oferty została uwzględniona dobra organizacja zarządzania procesem świadczenia usług oraz korzystne warunki ich realizacji na obszarze, na którym wykonywany będzie przedmiot niniejszego zamówienia - o których to czynnikach mowa w art. 224 ust. 3 pkt 1 i 2) Pzp. Wspomniane czynniki, stwarzają sprzyjające dla Wykonawcy warunki wykonywania zamówienia:

Powyższe czynniki dotyczą:

- 1) faktu dysponowania przez P.I. P.Ż. sp. jawna własnym transportem, co eliminuje dodatkowe koszty transportu związane ze świadczonymi przez firmę P.I.P.Ż. sp. jawna usługami, w przypadku korzystania z transportu realizowanego przez podmioty trzecie,
- 2) faktu dysponowania wykwalifikowanym personelem, który każdorazowo kierowany jest do realizacji zadań w wymaganym przez Zamawiającego zakresie,
- 3) faktu dysponowania przez P.I.P.Ż. sp. jawna bazą magazynowo - techniczną przystosowaną do realizacji zadań pod względem magazynowania wyposażenia, jak również dysponującą odpowiednimi zasobami transportowymi i materiałowymi,

- 4) faktu posiadania wieloletniego doświadczenia w prowadzeniu i zarządzaniu kontraktami utrzymania obiektów inżynierskich.
- 5) faktu współpracy z bezpośrednimi producentami materiałów i surowców a skala dotychczasowych zakupów zapewnia nam atrakcyjne warunki zakupu, rabaty i upusty cenowe.
- 6) faktu wypracowania modelu zarządzania w firmie co pozwala na ograniczenie obciążenia nowych kontraktów kosztami koordynacji i zarządzania.
- 7) faktu posiadania możliwości wprowadzenia do realizacji prac doświadczonych Podwykonawców, którzy akceptują realizację usług w cenach zapewniających stronom uzyskanie zadawalającego poziomu zysku, gwarantując jednocześnie należytą realizację przedmiotu zamówienia, co w przełożeniu na realizację prac, daje wymierne możliwości obniżenia kosztów w tym związanych m.in. z:
 - a) zarządzaniem i organizacją budowy,
 - b) organizacją i utrzymaniem zaplecza Wykonawcy,
 - c) kosztami gwarancji i zabezpieczeń i ubezpieczeń,
 - d) logistyką i zakupami materiałów, sprzętu, niezbędnych badań, itp.
 - e) doborem i zatrudnianiem Podwykonawców,
 - f) zatrudnianiem personelu własnego.

Wymienione wyżej czynniki organizacyjno-techniczne mają bezspornie istotny wpływ, na faktyczne obniżenie kosztów ponoszonych przez firmę P.I.P.Ż. sp. jawna, w zakresie świadczeń dotyczących dostarczania produktów i usług, co stwarza wyjątkowo korzystne warunki realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, informujemy, że kalkulacje dla wskazanych przez Zamawiającego pozycji przygotowaliśmy w oparciu o wymagania Zamawiającego zawarte w dokumentacji przetargowej.

Działając zgodnie z zapisami SWZ, potwierdzamy, że wszystkie podane w naszej ofercie ceny jednostkowe oraz wartości prac zostały skalkulowane z uwzględnieniem kosztów wykonania wszystkich czynności i nakładów określonych w dokumentacji Zamawiającego. Potwierdzamy, że w cenach i wartości naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie potrzebne materiały oraz sprzęt niezbędny do wykonania określonych w dokumentacji przetargowej prac. Również potwierdzamy, że w wyniku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej kadra pracownicza, która zostanie oddelegowana do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę z zachowaniem zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, oraz z zachowaniem zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Dodatkowym elementem pozwalającym na utrzymanie zadawalającego poziomu kosztów jest dysponowanie parkiem maszyn oraz personelem do jednoczesnego, równoległego prowadzenia utrzymania i obsługi obiektów inżynierskich. Pozwala nam to na oferowanie za wykonanie zamówienia cen, które są konkurencyjne, ale nie odbiegają znacząco lub w nienaturalny sposób od cen rynkowych za tego typu świadczenia. Jest to również widoczne w tym postępowaniu.

Jednocześnie wykonawca pragnie nadmienić, że na etapie przygotowania oferty przetargowej, przeprowadziliśmy szereg rozmów z potencjalnymi partnerami biznesowymi. W efekcie tego udało się dokonać wyboru firm do realizacji wykonania zadania na ww. postępowanie.

Dodatkowo na potwierdzenie prawidłowej kalkulacji podanych w ofercie cen i wartości oraz na zaprzeczenie rażąco niskiej ceny dla tych pozycji - w załączeniu przedstawiamy ofertę Podwykonawców Załącznik nr 1 i Załącznik nr 2

Nadmieniamy dodatkowo, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. robociznę, materiał, sprzęt itp.), a także inne czynności opisane w SST (w szczególności oznakowanie robót). Cena jednostkowa jest zgodna ze wskazanymi przez Zamawiającego jednostkami miary. W cenie uwzględniono koszty wynagrodzeń i koszty realizacji zamówienia w zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Podsumowanie:

W kalkulacjach wszystkich cen kosztorysowych składających się na wartość oferty uwzględniono gwarantujący prawidłową realizację prac - poziom cen wszystkich niezbędnych czynników cenotwórczych, uwzględniający wymagania Zamawiającego określone w SWZ oraz obowiązujących przepisach (np. w zakresie zatrudniania i wynagradzania pracowników, uczciwej konkurencji). Nadmieniamy dodatkowo, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. k.p., k.z., Zysk itp.), a także inne czynności opisane w SST.

Podkreślamy, że w cenach jednostkowych elementów składających się na cenę oferty, wycenione zostały wszystkie elementy mające wpływ na wysokość ceny wynikające z dokumentacji postępowania jak również bogatego doświadczenia Wykonawcy.

Pragniemy również poinformować, że przewidujemy również możliwość współpracy na ww. zadaniu z podwykonawcami.

Na etapie przygotowania oferty przetargowej, przeprowadziliśmy szereg rozmów z potencjalnymi partnerami biznesowymi. W efekcie tego udało nam się dokonać wyboru kilku firm do współpracy z nami. Podkreślamy, że po podpisaniu umowy wszystkie roboty objęte



kosztorysem ofertowym będą przez nas realizowane w podanych w ofercie cenach jednostkowych.

Podwykonawcy, na bazie ofert dla pozycji kosztorysowych, są podmiotami współpracującymi z P.I.P.Ż. sp. jawna od wielu lat na rynku utrzymania obiektów inżynierskich. Pracują z nami na najważniejszych szlakach komunikacyjnych na terenie kraju. Zapewniają wysoki poziom współpracy i jakości wykonywanych usług.

Tym samym, odnosząc się do wskazanych w przywołanym piśmie Zamawiającego czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 Pzp, należy stwierdzić, że zarówno Oferta jak i wycena P.I.P. Ż. sp. jawna spełniają warunki wymagane przepisami prawa oraz są adekwatne do wyceny wykonania zamówienia zgodnie z SWZ i OPZ, a tym samym nie zawierają Rażąco Niskiej Ceny. Wykonawca informuje, że kalkulacje i wyjaśnienia zostały sporządzone w oparciu o interpretację, wiedzę i zdobyte doświadczenie przez P.I.P.Ż. sp. jawna".

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone

wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z ww. przepisów ustawy Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny lub kosztu, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena lub koszt nie zostały ustalone na rażąco niskim poziomie. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego. Wykonawca ten bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie przedstawił konkretnych i kompletnych wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, dotyczącym wyjaśnienia istotnych składników ceny, obejmujących 25 pozycji. Ponadto Przystępujący, poza dwoma ofertami podwykonawców, nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie złożonych w wyjaśnieniach oświadczeń. Podkreślić również należy, że wszelka argumentacja zawarta w piśmie procesowym dotycząca wykazania prawidłowości ceny jest spóźniona i tych dodatkowych okoliczności podnoszonych w postępowaniu odwoławczym Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła wziąć pod uwagę, gdyż ocenia prawidłowość czynności zakończonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zarzuty odwołania dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Jak wynika z wezwania z dnia 21 grudnia 2022r. Zamawiający nakazał wyjaśnienie kilkudziesięciu pozycji kosztorysowych wskazując, że stanowią one istotne części składowe ceny. Zamawiający

wskazał również, że powyższe pozycje odbiegają o ponad 30% od wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego co jak wskazał Zamawiający powoduje, iż pozycje te wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania wymienionych elementów przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Tym samym obowiązkiem Przystępującego było udzielenie odpowiednich wyjaśnień w zakresie dotyczących tych wszystkich zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji. Przystępujący winien więc wskazać i udowodnić okoliczności, które wpłynęły na wysokość cen zakwestionowanych pozycji i wyjaśnić Zamawiającemu w jaki sposób okoliczności te wpłynęły na możliwość ich obniżenia. Przystępujący natomiast składając Zamawiającemu wyjaśnienia powołał się na same ogólniki jak np. doświadczenie, dysponowanie własnym transportem, wykwalifikowanym personelem, bazą magazynowo - techniczną. Poza wskazaniem powyższych okoliczności, Przystępujący nie przedłożył żadnego dowodu okoliczności te potwierdzające, a już tym bardziej nie wykazał w jaki sposób powyższe miało wpływ na wycenę zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji. Nie mogą uzasadniać poziomu zaoferowanych cen oferty podwykonawców złożone wraz z wyjaśnieniami, tym bardziej, że w żaden sposób nie wynika z nich jakie założenia oraz okoliczności wpłynęły na poziomy cen, które jak należy przypomnieć zakwestionował Zamawiający.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że „ocenie Zamawiającego podlega całościowa oferta. Nie jest możliwe odrębne analizowanie ceny każdej ze 128 pozycji z uwagi, gdyż ocenie Zamawiającego podlega zgodnie z SWZ cena ostateczna. W świetle powyższego ryzyko związane z kalkulacją poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (np. straty na skutek zaniżenia kwoty dla poszczególnych pozycji, ale również zysku w przypadku założenia wyższej kwoty) spoczywa na Oferencie”, podkreślić

należy, że przecież sam Zamawiający w wezwaniu wskazał na 25 pozycji kosztorysu, które w jego ocenie noszą znamiona rażąco niskich podkreślając przy tym, że stanowią one istotne części składowe.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający całkowicie zignorował treść wezwania stwierdzając, że nie może on badać poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, lecz całkowitą cenę oferty. Podkreślić więc należy, że Zamawiający wszczynając procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany był do rzetelnego zbadania złożonych wyjaśnień przez Przystępującego i ustalenia, czy wykonawca wykazał realność zaoferowanej ceny. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający temu obowiązкови nie sprostął i zdeprecjonował znaczenie wszczętej przez siebie procedury i skutków jakie za sobą pociąga.

Podsumowując, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Przystępujący bowiem, pomimo że wezwanie dotyczyło konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego, nie przedstawił konkretnych, popartych dowodami okoliczności, które pozwoliły mu zaoferować ceny na poziomie wskazanym w kosztorysie. Złożone wyjaśnienia nie zawierały danych szczegółowych, dzięki którym Zamawiający mógłby zweryfikować sposób obliczenia ceny jednostkowej wskazanych pozycji.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były rażąco niewystarczające, a w konsekwencji obowiązkiem Zamawiającego, było odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny. Podkreślić należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1

pkt 10 ustawy Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, analiza treści złożonej oferty przez Przystępującego, jak też wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę w toku postępowania, prowadzi do wniosku, że nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Odwołujący nie udowodnił natomiast, że taki błąd w obliczeniu ceny Przystępujący popełnił. Nie udowodnił, że Przystępujący nie uwzględnił wymogów wynikających z dokumentacji postępowania co do przedmiotu zamówienia, bądź też pominął jakieś z elementów istotnych pod względem cenotwórczym. Fakt, że Przystępujący nie wykazał, że jego oferta nie jest rażąco niska, nie oznacza, że wykonawca ten nie uwzględnił zakresu zamówienia, wycenił inny stan faktyczny niż wynikający z dokumentów zamówienia, tym bardziej, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego potwierdził, że zakres zamówienia zrozumiał.

Wyrok z dnia 18 stycznia 20123 r., KIO 35/23

Źródło: www.uzp.gov.pl

OGÓLNIKOWOŚĆ WYJAŚNIEŃ I BRAK ZŁOŻENIA DOWODÓW DOTYCZĄCYCH WYLICZENIA CENY

OBOWIĄZKIEM WYKONAWCY JEST PRZEDSTAWIENIE TAKICH SKŁADNIKÓW
I WYKAZANIE INDYWIDUALNYCH CZYNNIKÓW WPŁYWAJĄCYCH NA TO,
ŻE WYKONAWCA MÓGŁ ZAOFEROWAĆ TAK NISKĄ CENĘ.
DODATKOWO, USTAWODAWCA WYMAGA, ABY WSKAZANE W WYJAŚNIENIACH
INFORMACJE BYŁY POPARTE DOWODAMI

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów,

ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk.

Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę.

Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, dowody rejestracyjne posiadanych pojazdów, dowody zakupu własnych maszyn, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty.

Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W niniejszej sprawie przystępujący udzielił wyjaśnień, w których nie wykazał realności ceny swojej oferty, w szczególności:

- 1) wskazał na przysługujące mu rabaty handlowe / stałe upusty na zakup materiałów, ale nie wykazał, których materiałów czy usług dotyczą te rabaty/upusty, w jakiej są one wysokości, przez jaki okres obowiązują, jak też nie przedstawił żadnych dowodów na posiadanie takich rabatów/upustów,
- 2) wskazał, że ma zmagazynowane „wysokiej klasy materiały pozostałe po wcześniejszych realizacjach”, ale nie przedstawił, jakie są to materiały, w jakiej ilości, w jakim stanie (czy nadają się do wykorzystania),
- 3) wskazał na „oszczędności z uwagi na stosowane metody wykonywania zamówienia, stosowane rozwiązania techniczne”, ale nie wyjaśnił, jakie metody / rozwiązania techniczne zamierza zastosować i czym różnią się one od metod / rozwiązań stosowanych przez innych wykonawców,
- 4) wskazał na „realizację zamówienia bez ponoszenia kosztów dodatkowych wynajmu maszyn i urządzeń”, ale nie wykazał, że posiada własne maszyny i urządzenia w liczbie i rodzaju pozwalającym na realizację zamówienia,
- 5) wskazał na stawki wynagrodzenia nie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ale nie wykazał, że zatrudnione przez niego osoby rzeczywiście mają w umowach zagwarantowane takie wynagrodzenie,
- 6) wskazał, że nie ma potrzeby zatrudnienia dodatkowych osób, ale nie wykazał, ile osób zatrudnia i że jest to ilość

wystarczająca do wykonania zamówienia,

- 7) wskazał, że prowadzi działalność we własnym budynku, ale nie wykazał tego żadnymi dowodami,
- 8) wskazał, że koszty eksploatacyjne, koszty ubezpieczenia, serwisu, konserwacji, będą rozdzielone na różne realizowane przez niego zadania, ale nie wyjaśnił, w jaki sposób zamierza rozdzielić te koszty i w jakiej wysokości uwzględnił je w cenie oferty,
- 9) wskazał, że: „ze względu na zrealizowane dotychczas zadania koszty utrzymania pracowników realizujących dane zadanie są niższe ze względu na koszty gotowości związane z zrealizowanymi już zadaniami i obowiązującymi z tego tytułu zobowiązaniami z lat wcześniejszych co wpłynęło również na zaoferowaną przez nas cenę i związanymi z nimi niskimi kosztami realizacji przedmiotowego zadania”, ale nie wyjaśnił, w jaki sposób realizacja wcześniejszych zadań i związane z tym „koszty gotowości”, wpłynęły na koszty utrzymania pracowników i cenę oferty,
- 10) wskazał na zysk w wysokości 5%, ale nie przedstawił żadnych wyliczeń/kalkulacji, które potwierdzałyby zasadność przyjęcia zysku na takim poziomie.

Przystępujący nie wyjaśnił też, w jaki sposób wszystkie ww. okoliczności wpływają na cenę oferty, w szczególności na jej obniżenie. I co najważniejsze - nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów na potwierdzenie którejkolwiek z ww. okoliczności. Powyższe skutkuje koniecznością stwierdzenia, że przystępujący nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Biorąc pod uwagę ogólnikowość wyjaśnień i brak złożenia jakichkolwiek dowodów, nie ma też

podstaw do ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Ponowne wezwanie może być bowiem kierowane do wykonawcy, który już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z wyjaśnieniami, które nie zawierają żadnych konkretów i żadnych dowodów. Tym samym powtórne wezwanie do ich złożenia stanowiłoby niezgodne z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp dawanie wykonawcy „drugiej szansy”.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia, w dodatku bez dowodów, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odnosząc się natomiast do stanowiska zamawiającego, który ocenił cenę oferty przystępującego poprzez porównanie jej do ceny jego oferty złożonej w podobnym postępowaniu w 2020 r., która też była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i od średniej arytmetycznej ofert, a mimo to przystępujący należycie zrealizował zamówienie, należy przede wszystkim podkreślić, że w świetle przepisów ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest badać realność ceny oferty wykonawcy w oparciu o złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do dokonywania oceny w oparciu o inne dokumenty, dotyczące w dodatku innego zamówienia (nawet analogicznego) i nie jest uprawniony do samodzielnego poszukiwania okoliczności potwierdzających, że cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. Nie jest bowiem rolą zamawiającego wyręczanie wykonawcy w obowiązku wykazania realności ceny oferty. To wykonawca ma tę realność wykazać, a nie zamawiający, co jasno wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zatem argumenty zamawiającego odnoszące się do postępowania prowadzonego w 2020 r. nie mają żadnego znaczenia dla oceny ceny oferty przystępującego, gdyż podstawą do

dokonywania takiej oceny powinny być wyjaśnienia przystępującego wraz z dowodami. Skoro przystępujący złożył ogólnikowe wyjaśnienia bez dowodów, to obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie jego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie należy wskazać, że podstawą do badania ceny oferty mogą być jedynie wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś ewentualne wyjaśnienia i dowody złożone przed Krajową Izbą Odwoławczą w toku postępowania odwoławczego. Oznacza to, że wyjaśnienia przystępującego przedstawione na rozprawie dotyczące m.in. szalunków czy transportu materiałów, nie mogą być przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż nie były zawarte w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu (pomijając już kwestię braku dowodów tym zakresie, które zresztą, gdyby zostały złożone dopiero na rozprawie również nie podlegałyby ocenie, jako spóźnione).

Raz jeszcze należy podkreślić, że podstawą oceny, czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska, są wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie złożone przez przystępującego wyjaśnienia (bez dowodów) nie potwierdzają realności ceny jego oferty.

Wyrok z dnia 23 stycznia 2023 r., KIO 81/23

Źródło: www.uzp.gov.pl

NACZELNE ZASADY WYPRACOWANE W ORZECZNICTWIE I DOKTRYNIE W ODNIESIENIU DO ZAGADNIENIA WYJAŚNIEŃ RAŻĄCO NISKIEJ CENY

WYJAŚNIENIA MAJĄ ODPOWIADAĆ TREŚCI WEZWANIA SFORMUŁOWANEGO PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO, A ZE WZGLĘDU NA DONIOSŁE SKUTKI, JAKIE WYWOŁAĆ MOŻE PROCEDURA WYJAŚNIANIA RAŻĄCO NISKIEJ CENY WYKONAWCA NIE MOŻE SIĘ DOMYŚLAĆ PODSTAW SKIEROWANEGO DO NIEGO WEZWANIA

W pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę na pewne naczelne zasady jakie zostały wypracowane w orzecznictwie i doktrynie w odniesieniu do zagadnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Przede wszystkim wyjaśnienia składane przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinny w sposób wyczerpujący i konkretny wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla których był uprawniony zaoferować taką cenę, by Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości (tak: wyrok z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 113/22).

Po drugie, wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o

konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego (oszacowanego) przez zamawiającego (tak: wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 115/22).

Po trzecie, składane wyjaśnienia powinny być precyzyjne i rzeczowe. Mnożenie ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Informacja taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich

weryfikacja oraz ocena wiarygodności (tak: wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15).

Istotną okolicznością jest również to, że wyjaśnienia mają odpowiadać treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućcenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21).

W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21). Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji, gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane



oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt analizowanej sprawy, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego. Oprócz częściowego powtórzenia treści art. 224 ust. 3 ustawy PZP, Zamawiający wymagał szczegółowego wyjaśnienia konkretnych pozycji kosztowych.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Przystępujący sprostował obowiązkom postawionym przez Zamawiającego w treści wezwania z dnia 8 grudnia 2022 r. przedstawiając stosowne wyjaśnienia ceny oraz popierając je dowodami. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący odniósł się do każdej z pozycji wymagającej wyjaśnienia, szczegółowo przedstawiając dane dotyczące podstaw przyjętej kalkulacji oraz załączył stosowne dowody.

Dodatkowo, oprócz szczegółowego odniesienia się do konkretnych pozycji wymagających wyjaśnienia, Przystępujący wyjaśnił w jaki sposób cena przez niego zaoferowana uwzględnia zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, zwrócił uwagę na inne główne czynniki pozwalające mu obniżyć cenę oferty jak np. zakładany udział pracy własnej oraz na ogólne kwestie jak doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień.

Zdaniem Izby przedłożone wyjaśnienia w przeważającej części były wyczerpujące i konkretne, a co równie ważne, odpowiadały treści wezwania Zamawiającego, odnosząc się do każdej z pozycji, w zakresie której

Zamawiający miał największe wątpliwości. Nie można więc uznać, że Zamawiający błędnie ocenił złożone wyjaśnienia, a tym samym, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego wskazać należy, że trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on samodzielnie kreował okoliczności, które miałyby następnie poprzeć dowodami, jeżeli odpowiednie wezwanie w tym zakresie nie wypłynęło od Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu - o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał - nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy.

Podkreślić należy, że zamawiający nie wymagał od Przystępującego wyjaśnienia kosztów zrywki konnej czy też kosztów wynagrodzenia osoby pełniącej nadzór leśny, co nie oznacza, że Przystępujący tych kosztów nie skalkulował w ramach oferty. Po prostu nie miał on obowiązku ich wyjaśniania. Przystępujący miał obowiązek odpowiedzieć na wezwanie Zamawiającego, wyjaśniając zasygnalizowane przez niego kwestie, jednak nie miał obowiązku w składanych wyjaśnieniach w szczegółach przedstawiać kalkulacji dla każdej z pozycji składających się na przedmiotowe zamówienie. W związku z powyższym argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest nieuprawniona.

Jeśli chodzi o rażąco niskie - zdaniem Odwołującego, stawki za pozycję: "Sadzenie sadzonek z zakrytym systemem korzeniowym" wskazać należy, że Odwołujący swoją argumentację opiera na rzekomym określeniu tej stawki przez Zamawiającego na poziomie 27 216 zł netto PLN, co miałyby wynikać z

zarządzenia Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 4 maja 2022 r. w sprawie zmiany załączników do Zarządzenia nr 22 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 13 kwietnia 2021 r. w sprawie katalogów norm czasu dla prac leśnych. Odwołujący jednak nie podjął trudu by stosowne zarządzenie załączyć jako dowód w sprawie i potwierdzić stawianą przez siebie tezę. Twierdzenia te należy więc uznać za niewykazane.

To samo dotyczy rzekomej wydajności forwardera, która zdaniem Odwołującego, nie jest możliwa do uzyskania przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy, że Odwołujący nie poparł tego twierdzenia żadnym dowodem.

Co istotne, Odwołujący całą swoją argumentację budował w oparciu o zakwestionowanie kilku elementów cenotwórczych, nie kwestionując jednak ceny całkowitej zaoferowanej przez Przystępującego. Natomiast rażąco niski charakter musi dotyczyć ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia lub jej istotnych części składowych. Nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty, a na takiej hipotezie budował swoją argumentację Odwołujący.

Co więcej, w niniejszej sprawie kluczowym jest ocena odpowiedzi udzielonej przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, która zdaniem Izby, była prawidłowa. Zamawiający nie miał podstaw by twierdzić, iż Przystępujący nie obalił ciężącego na nim domniemania rażąco niskiej ceny.

Wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., KIO 65/23

Źródło: www.uzp.gov.pl

CZY DOŚWIADCZENIE KIEROWNIKA ROBÓT MOŻE BYĆ RÓWNE DOŚWIADCZENIU INSPEKTORA NADZORU INWESTORSKIEGO

**DOŚWIADCZENIE KIEROWNIKA BUDOWY LUB KIEROWNIKA ROBÓT JEST
DOŚWIADCZENIEM W REALIZACJI INWESTYCJI, A WIĘC JEJ WYKONANIU,
NATOMIAST DOŚWIADCZENIE INSPEKTORA NADZORU JEST DOŚWIADCZENIEM W
NADZORZE I KONTROLI JEJ WYKONANIA**

Zamawiający w SWZ opisał kryteria oceny ofert. Jednym z nich jest „doświadczenie kierownika robót przy zabytku nieruchomym”, w ramach którego wykonawcy mogli uzyskać punkty za doświadczenie posiadane przez Kierownika budowy lub Kierownika Robót, gdyż to właśnie doświadczenie osób wskazanych do pełnienia tych funkcji było przez Zamawiającego premiowane w ramach tego kryterium.

Zamawiający wymagał doświadczenia w sprawowaniu ściśle określonych funkcji - funkcji Kierownika budowy lub Kierownika Robót a nie doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru. Funkcje Kierownika budowy lub Kierownika Robót różnią się bowiem od funkcji inspektora nadzoru co do zakresu zadań wykonywanych przez osoby je pełniące. Brak jest więc możliwości - jak słusznie podniósł Zamawiający - nie tylko, że postawienia znaku równości pomiędzy tymi funkcjami, ale i traktowania przedmiotowych funkcji zamiennie.

Wykonawca konsorcjum C.N. w złożonym formularzu ofertowym, wykazując doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych przy zabytku nieruchomym (doświadczenie to,

zgodnie z SWZ, było dodatkowo punktowane), wyspecyfikował cztery realizacje, które miały spełniać wymogi tego kryterium. Jednocześnie wskazał, że osoba wskazana do wykonywania obowiązków kierownika robót budowlanych przy zabytku nieruchomym pełniła na tych realizacjach funkcje Kierownika budowy lub Kierownika Robót. Tymczasem, jak wykazał Odwołujący, Pan T. J., a więc osoba wskazana do wykonywania obowiązków kierownika robót budowlanych przy zabytku nieruchomym, we wskazanych realizacjach pełniła funkcję inspektora nadzoru. Funkcje kierownika budowy lub kierownika robót na tych realizacjach pełniły zupełnie inne osoby.

Powyższe wynika z przedstawionych przez Odwołującego wyciągów z umowy, protokołów: odbioru końcowego robót, przekazania placu budowy, wprowadzenia na teren budowy, dzienników budowy oraz złożonych oświadczeń. Istotnie SWZ powołuje się w swej treści do art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2022 r. poz. 840), który stanowi, że „robotami budowlanymi kieruje albo nadzór inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomych

wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury". Przepis ten odnosi się jednak wyłącznie do uprawnień wymaganych od tych osób, tj. osób, które kierują robotami budowlanymi albo je nadzorują. Nie odnosi się natomiast, co przyznał także przystępujący konsorcjum C.N., do doświadczenia osób pełniących te funkcje, jak również tych doświadczeń nie zrównuje. Doświadczenia nabyte przez osoby pełniące te funkcje są bowiem różne. Doświadczenie kierownika budowy lub kierownika robót jest bowiem doświadczeniem w realizacji inwestycji, a więc jej wykonaniu, natomiast doświadczenie inspektora nadzoru jest doświadczeniem w nadzorze i kontroli jej wykonania. Co więcej sam Zamawiający w treści SWZ pod tabelą formularza ofertowego dotyczącego tego kryterium jednoznacznie wskazał co rozumie pod pojęciem „pełnił funkcje Kierownika budowy

lub Kierownika Robót". Wymóg kryterium był więc jasny i czytelny. Jego rozumienie nie budziło wątpliwości wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym także wykonawcy konsorcjum C.N. Doświadczenie miało dotyczyć pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót a nie inspektora nadzoru. Skoro więc wykonawca wykazał doświadczenie posiadane przez osobę kierowaną do pełnienia obowiązków kierownika robót budowlanych przy zabytku nieruchomym, które nie dopowiada postawionym przez niego wymogom, to wykonawca ten (konsorcjum C.N.) nie powinno otrzymać w ramach tego kryterium żadnego punktu. Wykonawca wykazał bowiem doświadczenie wskazanej osoby polegające na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru a nie kierownika budowy lub kierownika robót.

Wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., KIO 95/23

Źródło: www.uzp.gov.pl



CZY ZMIANA TREŚCI SWZ NA DWIE GODZINY PRZED UPŁYWEM TERMINU SKŁADANIA OFERT STANOWI PODSTAWĘ DO UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA

WYKREŚLENIE MECHANIZMU WALORYZACYJNEGO
MOŻE MIEĆ WPŁYW NA SPOSÓB KALKULACJI CENY OFERTOWEJ

Odwołanie zostało wniesione wobec treści dokumentów zamówienia (SWZ) oraz wobec czynności Zamawiającego polegającej na istotnej modyfikacji SWZ bez przedłużenia terminu składania ofert, a także wobec zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wobec zakwestionowanych czynności i zaniechań, zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp i z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców i zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty po dokonaniu istotnych dla sporządzenia oferty zmian treści SWZ,

- 2) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. dokonania przez Zamawiającego zmiany dokumentów zamówienia na 1,5 godziny przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwiło Wykonawcom zapoznanie się ze zmianą SWZ i w konsekwencji doprowadziło do złożenia przez Wykonawców ofert na różnych formularzach ofertowych.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stanowisko Odwołującego: Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący zwrócił uwagę na sekwencję zdarzeń, która miała miejsce:

W dniu 5 stycznia 2023 r. Zamawiający dokonał zmiany dokumentów zamówienia poprzez modyfikację wzoru umowy i formularza ofertowego przez dodanie ceny paliwa jako zmiennej wynagrodzenia, związanej z dużymi wahaniami w cenach oleju napędowego w danym miesiącu.

Następnie, w dniu 9 stycznia 2023 r. o godzinie 8:21, czyli w dniu składania ofert, na nieco ponad 1,5 godziny przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający dokonał kolejnej - istotnej - modyfikacji dokumentów zamówienia, zmieniając zapisy wzoru umowy i formularza ofertowego, poprzez usunięcie zapisu dotyczącego cen paliwa jako zmiennej wynagrodzenia. Jednocześnie Zamawiający nie wydłużył terminu na składanie ofert.

Krajowa Izba odwoławcza odwołanie oddaliła. Zasadniczym powodem, dla którego odwołanie zostało oddalone, jest niewykazanie przez Odwołującego, że faktycznie mamy w postępowaniu do czynienia z przesłanką do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten powinien być stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ustawy Pzp, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy. Odwołujący powinien zatem wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ustawy Pzp.

W rozpatrywanej sprawie Odwołujący spełnił jedynie część z obowiązków dowodowych, jakie ciążyły na nim w związku z postawionym zarzutem. Podkreślić bowiem należy, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny. Oznacza to, że strony i

uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak: wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22).

Powyższe prowadzi do wniosku, że zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane. Kluczowe znaczenie ma przede wszystkim podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. Nie sposób uznać za wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, czy proste zasygnalizowanie, że dany przepis został naruszony, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji potwierdzającej fakt naruszenia przepisów prawa, wykazującej spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w treści przepisu.

W niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Odwołujący wykazał jedynie istnienie pewnej wady postępowania, tj. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 137 ust. 6 ustawy Pzp, która na obecnym etapie nie może zostać sanowana z uwagi na upływ terminu składania ofert. W żaden jednak sposób nie odniósł się Odwołujący do tego, jak zidentyfikowana przez niego wada uniemożliwi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Próżno szukać stosownej argumentacji w treści odwołania czy też w treści pisma procesowego. Również w trakcie rozprawy Odwołujący nie potrafił wskazać konkretnej podstawy prawnej, na której oparłby postawiony zarzut.

Odwołujący nie może liczyć na to, że w poszukiwaniu odpowiedniej argumentacji zostanie wyręczony przez Krajową Izbę Odwoławczą. Stałoby to w sprzeczności z charakterem postępowania odwoławczego, które od podmiotu składającego odwołanie wymaga odpowiedniego uzasadnienia zarzutów, którymi wedle treści art. 555 ustawy Pzp Izba jest związana. W razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontrydiktoryjne postępowanie odwoławcze.

Słusznie zatem wywodził w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że Odwołujący nie przedstawił argumentacji wykazującej, że mamy do czynienia z wadą o charakterze kwalifikowanym, z wadą rzutującą na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący konstruując zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pominął zachodzącą pomiędzy tym przepisem, a art. 457 ust. 1 ustawy Pzp korelację i nie wskazał nawet w oparciu o jaką podstawę prawną wywodzi skutek nieważności przyszłej umowy.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp za niewykazany, a tym samym zasługujący na oddalenie. Odnosząc się jednak do podnoszonych przez Odwołującego działań Zamawiającego naruszających art. 137 ust. 6 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza pragnie wskazać, że faktycznie naruszenia te miały miejsce. Zgodnie z treścią art. 137 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku, gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Przepisy ust. 4 i 5 stosuje się.

W zakresie pojęcia istotności zmian Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego, że nie tylko wpływ dokonanych przez zamawiającego zmian na sam dokument oferty powinien być brany pod

uwagę, lecz także wpływ na proces decyzji biznesowych podejmowanych przez wykonawcę w celu złożenia oferty.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie ulega wątpliwości, że wykreślenie mechanizmu waloryzacyjnego może mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny ofertowej. Z reguły bowiem, w razie braku postanowień dotyczących waloryzacji, wykonawca kalkulując cenę oferty powinien uwzględnić w jej ramach pewne rezerwy na pokrycie ryzyka związanego np. z wahaniami cen paliwa, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Rezygnacja przez Zamawiającego z zastosowania waloryzacji na niespełna dwie godziny przed terminem składania ofert, bez jego przedłużenia, stanowi rażące naruszenie art. 137 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający w takim przypadku obligatoryjnie powinien przedłużyć termin składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza nie przesądza przy tym, że przy umowie na czas 6 miesięcy, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, ryzyko związane z brakiem waloryzacji jest tak duże by faktycznie wpłynęło na sposób kalkulacji ceny oferty.

Zamawiający powinien jednak dać wykonawcom odpowiedni czas by co najmniej powyższe zweryfikować, nawet gdyby skalkulowane przez nich ceny nie wymagały ponownego przeliczenia. Pomimo, że Zamawiający naruszył ww. przepis, Odwołujący nie wykazał, jakoby naruszenie to przesądzało o konieczności unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższych względów odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wyrok z dnia 3 lutego 2023 r., KIO 174/23

Źródło: www.uzp.gov.pl

OCENA WARTOŚCI GOSPODARCZEJ W PRZYPADKU ZASTRZEŻENIA TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

PRZEJĘCIE OSÓB ZE SZCZEGÓLNYMI KWALIFIKACJAMI I TRUDNODOSTĘPNYMI
NA RYNKU MOŻE DOPROWADZIĆ DO ZMNIEJSZENIA KONKURENCYJNOŚCI
PRZEDSIĘBIORSTWA, OD KTÓREGO PRZEJĘTO WYSPECJALIZOWANYCH
PRACOWNIKÓW

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) - w skrócie „uznk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 2 uznk, który stanowi, że 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.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący złożył wyjaśnienia ceny oferty w wymaganym terminie. Przesłane zamawiającemu dokumenty zawierały: wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, tabelę kalkulacyjną ceny oferty, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wykaz osób - tajemnica przedsiębiorstwa, dokumenty pracowników - tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk zamawiający przyjął, że tajemnicą przedsiębiorstwa będzie informacja, która spełnia następujące przesłanki:

- 1) posiada wartość gospodarczą;
- 2) nie jest - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów – powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, oraz
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania podjął w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

- 4) Zamawiający dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wziął również pod uwagę, że informacje ogólnodostępne i wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa nie wymagają dowodzenia np. wynikające z 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 (RODO).

Zamawiający, oceniając wartość gospodarczą złożonych wyjaśnień wskazał, iż pojęcie wartości gospodarczej jest pojęciem nieostrym. Przedmiotem ochrony objęta jest taka informacja, której posiadanie ma znaczenie dla pozycji jej dysponenta w obrocie gospodarczym, stwarzając możliwość uzyskania przewagi nad konkurentem lub przynajmniej pogorszenia jego ogólnej pozycji na rynku. Wskazuje się, że informacja posiada wartość gospodarczą, jeżeli jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zysk. W tym zakresie warto także zwrócić uwagę na pogląd prezentowany przez B. Giesen (Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa str.11). Autorka stoi na stanowisku, że przesłanka wartości gospodarczej informacji powinna być interpretowana w sposób szeroki, pozwalając na objęcie pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa również takich informacji, które „same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu”. Wskazuje także, że „[z] punktu widzenia interesów przedsiębiorcy istotny może być, bowiem sam fakt utrzymania określonych wiadomości w tajemnicy. W tym przypadku chodzi nie tyle o to, aby konkurenci nie dysponowali określoną informacją, lecz o to, aby nie było im wiadomo, że ich rywal jest w jej posiadaniu. Należy przychylić się do poglądu, że wykładnia pojęcia wartości gospodarczej powinna być

dokonywana w sposób liberalny, pozwalający na objęcie zakresem tego pojęcia informacji posiadających chociażby minimalną wartość gospodarczą”.

Zamawiający uznał twierdzenia Konsorcjum, iż ujawnienie danych personalnych, kwalifikacji zawodowych pracowników wraz z ich orzeczeniami o niepełnosprawności i badaniami:

- 1) ułatwi konkurencyjnym firmom przejęcie tych osób i może skutkować podjęciem próby ich zatrudnienia i w efekcie utrudnienia lub uniemożliwienia Konsorcjum wykonania zamówienia,
- 2) zagraża interesom gospodarczym, co w efekcie może mieć wpływ na zachwianie pozycji rynkowej,
- 3) spowoduje utratę przez lata wypracowanej pozycji rynkowej.

Zamawiający wziął również pod uwagę ogólnodostępne informacje z rynku pracy, które nie wymagają dowodzenia. Rynek pracy w dzisiejszych czasach jest bardzo dynamiczny, co objawia się m.in., w postaci częstej rotacji kadry i stałego przepływu pracowników pomiędzy pracodawcami. Zmiana pracy, przy jednoczesnym pozostawianiu w dotychczasowej branży rodzi wiele pytań i wątpliwości natury etycznej, ale przede wszystkim prawnej. Dzisiejsza praktyka biznesowa wykształciła pojęcia *employee poaching/employee raiding*, tj. zachowania pracodawców polegające na „podkradaniu”, „przejmowaniu” pracowników, przeważnie od bezpośredniego konkurenta. Zjawisko to występuje coraz powszechniej we wszystkich obszarach rynku pracy. W ocenie zamawiającego nie ma racji odwołujący twierdząc, że tylko przejęcie osób ze szczególnymi kwalifikacjami i trudnodostępnymi na rynku może doprowadzić do zmniejszenia konkurencyjności przedsiębiorstwa, od którego przejęto wyspecjalizowanych pracowników. W obecnej sytuacji na rynku pracy, gdzie bezrobocie według GUS wynosi w Polsce 5,2% (grudzień 2022), województwie wielkopolskim 2,9% (grudzień 2022 – najniższe w Polsce) a w

samym Poznaniu 1% (grudzień 2022). Mając na uwadze, że średni czas potrzebny na pozyskanie pracownika z rynku pracy w Polsce to 26 dni, a w Wielkopolsce 52 dni pozyskanie pracowników o średnich kwalifikacjach jest dość trudne. Tak, więc zatrudnienie pracownika nawet branży ochrony stanowi spore wyzwanie.

Zamawiający wymagał w dokumentacji postępowania (OPZ i projektowanych postanowieniach umowy) skierowania do realizacji usługi pracowników ochrony posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie są to „szeregowi” pracownicy ochrony, lecz pracownicy posiadający określone kwalifikacje i spełniający określone wymogi.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone przez Konsorcjum informacje nie mają żadnej wartości gospodarczej, a ewentualne przejęcie pracowników Konsorcjum nie przysporzy odwołującemu żadnych korzyści. Dlatego też słuszne jest twierdzenie, że przedstawione dokumenty stanowią wartość gospodarczą dla Konsorcjum.

Przepis art.11 ust. 2 uznk stanowi, że warunkiem uznania informacji za poufną jest to, aby informacja nie była powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie była łatwo dostępna dla takich osób. Przepis ten wskazuje, że jawność lub łatwa dostępność informacji dla specjalistów w danej dziedzinie wyłącza możliwość uznania takiej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacja jest uznawana za ujawnioną nie tylko w sytuacji, gdy jest znana każdemu, ale także wówczas, gdy co prawda nie jest znana, ale jest łatwo dostępna dla każdego lub co najmniej dla specjalistów w danej dziedzinie (Sąd Najwyższy w wyroku o sygn. akt I CKN 304/00, OSNC Nr 4/2001).

W literaturze słusznie zwraca się uwagę, że z punktu widzenia omawianej przesłanki istotne

jest ustalenie, kiedy informacja traci walor poufności i wskazuje się, że w świetle art. 11 ust. 4 uznk następuje z momentem publicznego (powszechnego) ujawnienia. Przesłankę tę interpretuje się szeroko, obejmując nią sytuacje, w których dostęp do informacji ma każdy, jak i takie, w których osoby trzecie mają potencjalną możliwość uzyskania informacji. Uznaje się, że informacja traci przymiot poufności, gdy każdy zainteresowany może się z nią zapoznać bez uzyskiwania zgody przedsiębiorcy, którego ta informacja dotyczy. Tym samym przyjmuje się, że informacja przestaje być poufna, jeżeli została ujawniona przez samego przedsiębiorcę lub jest dostępna na mocy przepisów prawa.

Kwestia odtajnienia wykazu osób nie obejmuje wszystkich pracowników zatrudnionych w Konsorcjum tylko pewnej części, która ma być skierowana do realizacji zamówienia. Na podstawie załączonych umów o pracę i terminów ich obowiązywania można bowiem przyjąć, że pracownicy ujęci w wykazie stanowią pewien względnie stały walor Konsorcjum, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór osób zatrudnionych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Tak więc można go uznać również za wykaz posiadający pewną wartość gospodarczą. Konsorcjum w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarło oświadczenie, że dane jego pracowników nigdy nie zostały udostępnione innym podmiotom, które uznać należało za wystarczające.

Przepis art. 11 ust. 2 uznk wskazuje, że jednym z warunków uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest to, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przepis ten nie precyzuje jednak w jaki sposób wykonawca ma spełnić formalną przesłankę podjęcia stosownych działań w celu utrzymania informacji w poufności. W literaturze przedmiotu z zakresu czynów nieuczciwej konkurencji wskazuje się, że konstytutywną cechą przesłanki poufności jest wola wykonawcy przejawiona w

sposób wyraźny lub dorozumiany, zmierzająca do ochrony informacji. W związku z tym każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowił realizację omawianego zalecenia ustawowego.

W orzecznictwie wskazuje się, że informacja staje się tajemnicą, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy wykonawcy). Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (wyrok NSA z 5 lipca 2013 r., I OSK 511/13).

Informację poufną można zatem uznać za tajemnicę, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów, wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie to mianowicie mają być działania. W konsekwencji, zatem każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane, jako poufne, będzie stanowił realizację omawianego zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. zastrzeżenie poufności informacji i dopuszczenie do informacji jedynie wąskiego kręgu pracowników. W konkretnych okolicznościach o obowiązku dochowania tajemnicy może przesądzać sam charakter informacji.

Tym samym, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przystępujący spełnił obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując okoliczności potwierdzające spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę

przedsiębiorstwa. Wskazane przez przystępującego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa okoliczności są rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne oraz umożliwiały dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający podniósł dodatkową argumentację, którą Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła, iż istotne znaczenie dla sprawy ma przepis art. 74 ust. 4 ustawy Pzp, który doprecyzowuje zasadę jawności w zamówieniach publicznych w kontekście przetwarzania (a dokładnie udostępniania) danych osobowych zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawartych w protokole lub załącznikach do protokołu. Na podstawie tego przepisu zamawiający ma prawo i obowiązek ujawnienia wszystkich danych osobowych, które znajdują się w dokumentacji postępowania, w tym przekazanej przez przystępującego, z wyjątkiem załączonych przez wykonawcę informacji zawierających tzw. dane wrażliwe (art. 9 RODO). Z brzmienia tego przepisu wynika wprost, że każde przetwarzanie danych określonych w art. 9 RODO, z wyjątkiem przechowywania protokołu i załączników, możliwe będzie wyłącznie za zgodą osoby, której dane dotyczą. Przepis art. 9 ust. 1 RODO zabrania przetwarzania danych osobowych min. danych dotyczących zdrowia. Ponieważ zamawiający administrują w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego danymi osobowymi osób fizycznych na tej podstawie, że dane te zostały im przekazane w związku z wypełnianiem przez zamawiających zadań publicznych na podstawie przepisów ustawy Pzp, prawną podstawą przetwarzania danych osobowych przez zamawiających dla celów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a także po zakończeniu postępowań, z uwagi na wynikający z art. 78 ustawy Pzp, obowiązek przechowywania protokołu i załączników do protokołu do czasu zakończenia wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest art. 6 ust. 1 lit c RODO. Przepis ten skutkuje uprawnieniem

zamawiającego do przetwarzania danych osobowych uzyskanych w związku z prowadzonym postępowaniem z uwagi na to, że przetwarzanie przez niego takich danych jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na zamawiającym jako na administratorze danych osobowych. Ewentualne dostarczenie przez wykonawcę z własnej inicjatywy informacji niewymaganych przez zamawiającego, ale składanych z związku z prowadzonym postępowaniem, w szczególności informacji zawierających dane osobowe, albo informacji uzasadnionych potrzebami postępowania, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO, uprawnia zamawiającego do ich przetwarzania ze względu na ważny interes publiczny związany z celem przetwarzania takich informacji na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także z uwagi na to, że przetwarzanie jest niezbędne dla celów archiwalnych. Niemniej w przypadku przetwarzania danych osobowych szczególnie wrażliwych, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO, przetwarzanie tych danych musi być zawsze związane z zastosowaniem odpowiednich zabezpieczeń dla ochrony praw i wolności osoby, której dane dotyczą, i jest ściśle limitowane. O ile przetwarzanie danych szczególnie wrażliwych przez zamawiającego dla celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzasadnione ważnymi względami celu publicznego, w tym związanymi z archiwizacją danych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o tyle udostępnianie tych danych przez zamawiającego osobom trzecim, w tym wykonawcom, zarówno w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i po jego zakończeniu nie znajduje uzasadnienia. Zastrzeżone przez przystępującego dokumenty są dokumentami własnymi pracowników, które ujawniają informacje o stanie ich zdrowia, a zatem podlegają one ochronie jako dane dotyczące zdrowia określone w art. 9 RODO.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia określonych treści

złożone przez przystępującego nie odbiegają od standardów prawidłowego wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia. Przystępujący powołał się bowiem na okoliczności, które w kontekście obowiązku przestrzegania zasad wynikających z RODO prawidłowo wykazał, a co za tym idzie wyjaśnił zamawiającemu, dlaczego zastrzega dane osobowe osób - pracowników przystępującego, którzy będą świadczyli przedmiotową usługę.

Nadto zwrócić należy uwagę, iż Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zobowiązana jest uwzględnić odwołanie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z okoliczności przedmiotowej sprawy odwołujący nie kwestionował prawidłowości wyjaśnień złożonych przez przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny. Choć w myśl obowiązujących przepisów sama czynność zamawiającego dotycząca oceny złożonego zastrzeżenia może być przedmiotem odwołania, jednakże, aby uwzględnić, iż czynność ta była wadliwa należy ocenić jej wpływ na ostateczny wynik postępowania. Natomiast dane, których ujawnienia domaga się odwołujący nie mają żadnego istotnego wpływu na ocenę prawidłowości dokonanych wyliczeń. Wskazać należy, iż odwołujący na rozprawie niejako zmodyfikował żądanie ograniczając zakres informacji o dane zanonimizowane, jednakże dalej nie wynika, w jaki sposób pozyskane dane miałyby wpłynąć na ocenę dokonanych wyliczeń i wyjaśnień (które nie były zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa), a których to informacji odwołujący nie kwestionował. Dlatego też biorąc pod uwagę ustalony w sprawie stan rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła o bezzasadności stawianego zarzutu.

Wyrok z dnia 7 lutego 2023 r.

Źródło: www.uzp.gov.pl

WEZWANIE DO ZŁOŻENIA PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH PO UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI BADANIA I OCENY OFERT

**ZAMAWIAJĄCY BADA POPRAWNOŚĆ I AKTUALNOŚĆ DOKUMENTÓW
PODMIOTOWYCH NA DZIEŃ ICH ZŁOŻENIA, PRZY CZYM JAKO OŚWIADCZENIA LUB
DOKUMENTY „AKTUALNE” NALEŻY ROZUMIEĆ TAKIE, KTÓRE ODDAJĄ
RZECZYWISTOŚĆ W MOMENCIE ICH ZŁOŻENIA.**

Istota sporu sprowadzała się zatem do oceny, czy zamawiający kierując do wykonawcy P. kolejne wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych, powołując się w pierwszym piśmie na przepis art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, w kolejnym na art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, miał podstawę żądać, aby ten ponownie wszystkie przedłożone wcześniej w tym postępowaniu dokumenty przedstawił, a co za tym idzie czy brak ich przedłożenia winien skutkować sankcją w postaci odrzucenia oferty odwołującego. Na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco (...).

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zamawiający konieczność skierowania powtórnego wezwania upatrywał w orzeczeniach, wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 11 lipca 2022 r., sygn. KIO 1640/22, jak też w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2022 r. sygn. KIO 2373/22, który to jak twierdził, wyraźnie nakazywał zamawiającemu unieważnienie wszystkich czynności badania i oceny ofert, dokonanych po wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 sierpnia 2022 r. i z dnia 9 czerwca 2022 r. W konsekwencji

zamawiający twierdził, że był on zobowiązany dokonać ponownie wszystkich czynności badania i oceny ofert, a nie dokonywać ich w sposób częściowy. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić. Krajowa Izba Odwoławcza, w wydanych orzeczeniach istotnie nakazała powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert, ale powyższe dotyczyło wyłącznie tych czynności, które zamawiający wykonał wadliwie, a zatem czynności badania oferty P. pod kątem występowania rażąco niskiej ceny.

Podkreślić należy, że zarzuty podnoszone w odwołaniach nie dotyczyły i nie kwestionowały w żaden sposób przeprowadzonej przez zamawiającego oceny w zakresie czy to spełnienia przez P. warunków udziału w postępowaniu, czy też przesłanek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Powyższe oznacza, że pomimo konieczności dokonania przez zamawiającego dodatkowych czynności w postaci wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pozostałe czynności są ważne i pozostają w mocy, pomimo że zgodnie z sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zamawiającemu

nakazano powtórzenie czynności w postępowaniu. Innymi słowy, dokonana przez zamawiającego wcześniej kwalifikacja P. pozostaje poprawna, wiążąca, a zatem nie wymagała powtarzania, jako że zarzuty stawiane przez AG. do tej kwalifikacji się nie odnosiły.

Nie sposób także podzielić argumentacji zamawiającego, który zauważył, że w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonując kolejnej oceny złożonych ofert stwierdził, że dokumenty te straciły ważność w związku z treścią przepisów rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji konieczne było skierowanie do odwołującego wezwania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, co sam przyznał, odwołujący powyższe dokumenty złożył wcześniej w dniu 2 czerwca 2022 r. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że choć trafnie wskazał zamawiający, iż cytowane rozporządzenie określa ściśle terminy, określające ważność składanych dokumentów, nie oznacza to jednak, że po upływie tych terminów zamawiający zobligowany jest ponownie wzywać wykonawców do ich złożenia z tego powodu, że te straciły swoją ważność.

Powyższe podejście oznaczałoby, że w przypadku postępowań trwających dłużej, każdorazowo w przypadku upływu terminu ważności złożonych dokumentów, zamawiający ponownie byłby zmuszony wzywać wykonawcę do ich ponownego przedłożenia. Powodowałoby to kolejne przedłużanie się trwającej procedury udzielenia zamówienia i byłoby nieuzasadnione. Podkreślić należy także, że zamawiający bada poprawność i aktualność dokumentów podmiotowych na dzień ich złożenia, przy czym jako oświadczenia lub dokumenty „aktualne” należy rozumieć takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia. Innymi słowy dokumenty aktualne potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie ich przedłożenia) występuje.

W tym miejscu należy także odnieść się do argumentacji zamawiającego, który na rozprawie zwracał uwagę, że z treści innej oferty przedłożonej przez P. zamawiającemu, w innym postępowaniu wynika, że wykonawca ten nie opłaca terminowo składek na ubezpieczenia społeczne, a powstała zaległość wynosi ponad 600 000 zł. Tym samym, jak stwierdził, zaległość ta musiała już istnieć wcześniej, także w dacie, kiedy odwołujący odmówił ponownego przedłożenia dokumentów.

Odnosząc się do tych twierdzeń w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wezwania kierowane do P. datowane były na 29 listopada 2022 r. i 20 grudnia 2022 r., a więc w czasie, kiedy zamawiający nie miał wiedzy o tym, że taka sytuacja ma miejsce (jak sam stwierdził wiedzę taką powziął z treści oferty złożonej w lutym br.). Jeśli jednak nawet w dacie, kiedy kierował stosowne wezwanie, posiadałby informacje dotyczące istniejących zaległości, to należy zauważyć, że przesłanką, którą winien wskazać zamawiający byłby art. 126 ust. 3 ustawy Pzp. Ten właśnie przepis wprowadził ustawodawca, dając uprawnienie zamawiającemu, aby ten, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, w każdym czasie mógł wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich, lub niektórych, podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Przepis ten umożliwia więc weryfikację rzetelności wykonawcy na każdym etapie postępowania, przy czym, co należy zaznaczyć, nie może być jednak postrzegany jako narzędzie do mnożenia dokumentów w postępowaniu.

Zamawiający kierując do wykonawcy wniosek o potwierdzenie aktualności oświadczeń i dokumentów musi mieć uzasadnione podstawy, że złożone dokumenty są już nieaktualne. I nie chodzi tu, w ocenie Izby, o datę ich wystawienia, ale o aktualność informacji zawartych w tych dokumentach. Odnosząc to do informacji zawartych w zaświadczeniu wystawionym przez ZUS zamawiający może żądać nowych

informacji (nowego dokumentu), jeśli ma uzasadnione podstawy do przyjęcia, że takie zaległości występują. Jednakże zamawiający winien to w treści wezwania wyraźnie wyartykułować, wskazując prawidłową podstawę prawną wezwania, jak też precyzując jakie wątpliwości i odnośnie do jakich dokumentów ma, oraz wezwać wykonawcę do przedłożenia tych konkretnych, wskazanych dokumentów.

Taka sytuacja jednak nie miała miejsca w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało zatem uznać, że wezwanie odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów, wystosowane dwukrotnie przez zamawiającego, nie miało podstawy prawnej. Wykonawca P.

wszystkie dokumenty podmiotowe, wymagane postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia przedłożył już wcześniej, w odpowiedzi na wezwanie, w dniu 2 czerwca 2022 r. W konsekwencji nie zaistniały też podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp.

Wyrok z dnia 8 lutego 2023 r.

Źródło: www.uzp.gov.pl



DYSPONOWANIE ZALEŻNE, DYSPONOWANIE BEZPOŚREDNIE I UDOSTĘPNIANIE ZASOBU PODMIOTU TRZECIEGO

**ZAMAWIAJĄCY BADA POPRAWNOŚĆ I AKTUALNOŚĆ DOKUMENTÓW
PODMIOTOWYCH NA DZIEŃ ICH ZŁOŻENIA, PRZY CZYM JAKO OŚWIADCZENIA LUB
DOKUMENTY „AKTUALNE” NALEŻY ROZUMIEĆ TAKIE, KTÓRE ODDAJĄ
RZECZYWISTOŚĆ W MOMENCIE ICH ZŁOŻENIA.**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) przez uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku złożenia w przewidzianym czasie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W sprawie bezsporne jest, że zamawiający postawił warunek zdolności technicznej wykonawcy polegający na posiadaniu uprawnień to jest zezwolenia na zagospodarowanie odpadów. Odwołujący nie twierdził, że takie zezwolenie posiada, ale, że na podstawie zawartych umów i porozumień jest w stanie wykonywać usługę zagospodarowania odpadów. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że odwołujący przejął od firmy R. obowiązki dotyczące rekultywacji zamkniętego składowiska w L., którego zarządzającym jest P.G.K w P. Niewątpliwie to właśnie przedsiębiorstwo jest w stanie wykazać zdolność techniczną wymaganą przez zamawiającego, gdyż to ono posiada decyzję na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 05 03 w ilości pokrywającej zapotrzebowanie zamawiającego. Nie budzi również wątpliwości Izby, że odwołujący na mocy zawartych porozumień ma przyjmować w imieniu zarządzającego składowiskiem PGK w P. odpady

zgodnie z decyzją na odzysk. Odwołujący ma wystawiać także KPO z tym, że wystawiane KPO mają wskazywać na PGK w P. jako na przyjmującego odpady. Tym samym, to PGK w P. jest podmiotem, za pomocą którego odwołujący zamierza wykazać posiadanie uprawnień. Odwołujący sam ich nie posiada, nie może ich także nabyć w drodze wydanej na niego decyzji administracyjnej, bo nie jest właścicielem, użytkownikiem wieczystym, dzierżawcą, ani użytkownikiem składowiska, gdyż przepis art. 41b ust. 1 ustawy o odpadach stanowi, że gospodarowanie odpadami, polegające na zbieraniu odpadów niebezpiecznych, odzysku odpadów przez wypełnianie terenów niekorzystnie przekształconych, zbieraniu lub przetwarzaniu odpadów komunalnych lub odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych, wymagające uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwolenia na wytwarzanie odpadów uwzględniającego zbieranie lub przetwarzanie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego uwzględniającego zbieranie lub przetwarzanie odpadów, odbywa się wyłącznie na nieruchomości, której właścicielem, użytkownikiem wieczystym, użytkownikiem albo dzierżawcą jest posiadacz odpadów gospodarujący odpadami. Dla

ustanowienia użytkowania czy dzierżawy wymagana jest forma aktu notarialnego i oświadczenie o rodzaju i ilości odpadów. Umowy przedstawione przez odwołującego takiej formy nie posiadają, ani nie przedstawiono oświadczeń w formie aktu notarialnego. Odwołujący nie jest też jednostką budżetową. Nie doszło także do przejęcia składowiska w trybie art. 151 ustawy o odpadach, które powodowałoby przejście uprawnień z decyzji na przetwarzanie odpadów. Jedyne, co przejął odwołujący to obowiązek rekultywacji składowiska i przyjmowania odpadów w imieniu zarządzającego składowiskiem. Na mocy zawartego porozumienia nie doszło jednak do przejścia uprawnień. Nie jest to zatem przedstawiana przez odwołującego sytuacja zbliżona do leasingu, bo dla dysponowania pojazdem na podstawie umowy leasingu nie jest potrzebne uprawnienie do kierowania nim. W tej sprawie zaś sam fakt dysponowania składowiskiem na potrzeby przyjmowania uprawnień nie powoduje, że dysponent zyskuje automatycznie uprawnienia do zagospodarowywania odpadów. W przypadku przetwarzania odpadów sam fakt ich fizycznego przyjmowania nie wystarczy, aby odwołujący legitymował się posiadaniem uprawnień, których żądał zamawiający. Warunek w tym postępowaniu nie polegał na dysponowaniu składowiskiem, które to dysponowanie można byłoby uznać za bezpośrednie, jak wskazywał odwołujący, ale na posiadaniu uprawnień, których sam odwołujący nie posiada. Odwołujący może legitymować się uprawnieniami na podstawie cudzej decyzji administracyjnej, ale taka konstrukcja będzie dysponowaniem zależnym, a więc posługiwaniem się zdolnościami innego podmiotu, w tym przypadku PGK w P. Różnica między dysponowaniem bezpośrednim, a udostępnieniem zasobu podmiotu trzeciego polega na konieczności udziału tego podmiotu trzeciego. Dysponowaniem bezpośrednim będzie leasing pojazdu, umowa cywilnoprawna z osobą za pomocą, której wykonawca wykonuje zamówienie, wykonywanie prawa z sublicencji, bo we wszystkich tych przypadkach wykonawca

dysponuje prawem tak jak właściciel. Natomiast dysponowanie pośrednie/zależne występuje wtedy, kiedy podmiot trzeci musi w jakim stopniu uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tak jak w tym przypadku, gdzie odwołujący na własną firmę nie wystawi KPO, ale musi wskazać w tym zakresie PGK w P., co wprost wynika z zawartych przez niego umów. Tym samym zamawiający trafnie zdiagnozował, że przedłożone porozumienia i umowy dają wykonawcy możliwość wykazania warunku udziału w postępowaniu, ale tylko, o ile odwołujący złożyłby oświadczenie o korzystaniu podwykonawstwa podmiotu, na którego zasoby, w tym przypadku, musi się powołać. Niewątpliwie w tym postępowaniu nie doszło do ujawnienia podwykonawstwa w formularzu ofertowym, wraz z ofertą nie zostało również złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, a odwołujący oświadczył, że wykona zamówienie sam. W ocenie Izby to oświadczenie jest jasne, jednoznaczne i nie budzi wątpliwości. Odwołujący wskazywał na to, że w JEDZu wskazał wspólne ubieganie się o zamówienia i udział podmiotu trzeciego, co w jego ocenie powinno skłonić zamawiającego do wyjaśnień. Jednak odwołujący złożył jeden JEDZ do wszystkich trzech części zamówienia, o które się ubiegał, a w częściach 5 i 6 bazował na udziale i zdolnościach podwykonawcy M. w W., co w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pozwalało ustalić, że oświadczenia z JEDZa dotyczące udziału innego podmiotu w wykonaniu zamówienia odnoszą się do tych właśnie części, a nie części 9 o którą ubiegał się odwołujący.

Wyrok z dnia 15 grudnia 2022 r., KIO 3217/22

Źródło: www.uzp.gov.pl

FUNKCJONOWANIE KOMISJI PRZETARGOWEJ

OKREŚLENIA ZAKRESU OBOWIĄZKÓW CZŁONKÓW KOMISJI PRZETARGOWEJ JEST ZWIĄZANE Z INDYWIDUALIZACJĄ ODPOWIEDZIALNOŚCI JEJ CZŁONKÓW ZA WYKONYWANE CZYNNOŚCI. INDYWIDUALIZACJA ODPOWIEDZIALNOŚCI CZŁONKÓW KOMISJI ZA WYKONYWANE CZYNNOŚCI POLEGA NA PRZYPISANIU KONKRETNÝCH CZYNNOŚCI POSZCZEGÓLNYM CZŁONKOM KOMISJI.

Problematyka komisji przetargowej została uregulowana w art. 53-55 ustawy Pzp.

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

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

Przez „postępowanie o udzielenie zamówienia” należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

Zamawiający unieważnia postępowanie także w przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a

zamawiający nie zdecydował się na dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców (zob. art. 255 pkt 7, art. 263 ustawy Pzp).

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

Komisja przetargowa może mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań (art. 55 ust. 3 ustawy Pzp). O charakterze komisji przetargowej decyduje specyfika przedmiotu zamówienia oraz kwalifikacje członków komisji przetargowej.

Przepisy art. 54 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w sposób ogólny wskazują na ustawowy zakres obowiązków komisji przetargowej.

Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego (art. 55 ust. 1 ustawy Pzp).

Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech członków (art. 55 ust. 2 ustawy Pzp).

Powołując komisję przetargową kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane

czynności oraz przejrzystości jej prac (art. 55 ust. 3 ustawy Pzp).

Określenia zakresu obowiązków członków komisji przetargowej jest związane z indywidualizacją odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności. Indywidualizacja odpowiedzialności członków komisji za wykonywane czynności polega na przypisaniu konkretnych czynności poszczególnym członkom komisji.

Osoby inne niż kierownik zamawiającego, w tym członkowie komisji przetargowej, odpowiadają bowiem za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia tylko w takim zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania (art. 52 ust. 2 zdanie 1 ustawy Pzp).

Powołanie i odwołanie komisji przetargowej, dokonywanie zmian w jej składzie, odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawcy, wybór najkorzystniejszej oferty, unieważnienie postępowania to czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego to czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego. Na podstawie art. 52 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, kierownik zamawiającego może natomiast powierzyć pracownikom zamawiającego, w formie pisemnej, wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności.

- 1) Na podstawie art. 215 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może odstąpić od stosowania przepisów art. 53–55 ustawy Pzp, w przypadku zamówień udzielonych na podstawie art. 214 ust. 1 ustawy Pzp:
- 2) pkt 1 lit. b;
- 3) pkt 2;
- 4) 4;
- 5) 9;
- 6) 10;
- 7) pkt 5, w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można

było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach;

- 8) pkt 1 lit. a, których przedmiotem są:
 - a) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,
 - b) dostawy gazu z sieci gazowej,
 - c) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,
 - d) usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.

Na podstawie art. 393 ust. 5 ustawy Pzp, udzielając zamówienia sektorowego, kierownik zamawiającego może odstąpić od powołania komisji przetargowej.

Odstępując od powołania komisji przetargowej, kierownik zamawiającego określa sposób prowadzenia postępowania zapewniający sprawność udzielania zamówień, indywidualizację odpowiedzialności za wykonywane czynności oraz przejrzystość prac.

W art. 54 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca podje przykładowe czynności komisji przetargowej („komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego”).

W trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 54 ust. 2 ustawy Pzp komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego m. in. propozycje odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy, wyboru najkorzystniejszej oferty, a jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

O odrzuceniu oferty, wykluczeniu wykonawcy, wyborze najkorzystniejszej oferty, unieważnieniu postępowania decyduje kierownik zamawiającego albo pracownik zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył, w formie pisemnej, dokonanie takiej czynności.

Konflikt interesów

W przepisach ustawy Pzp konflikt interesów został uregulowany w art. 56.

Na podstawie art. 56 ust. 1 ustawy Pzp kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, po stronie zamawiającego, lub mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów.

Konflikt interesów występuje wówczas, gdy osoby wymienione w art. 56 ust. 1 ustawy Pzp:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia, lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli albo pozostają we wspólnym pożyciu z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub

osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy Pzp Kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228-230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1138), o ile nie nastąpiło zatarcie skazania.

Kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, po stronie zamawiającego, lub mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub udzielające zamówienia, będą obowiązane złożyć, 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 (wystąpienie konfliktu interesów lub skazanie skazane za przestępstwa). Przed odebraniem oświadczenia, kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, uprzedza



osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.

Oświadczenie o istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 ustawy Pzp, będzie składane niezwłocznie po powzięciu wiadomości o ich istnieniu, a oświadczenie o braku istnienia tych okoliczności nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 3 ustawy Pzp, będzie składane przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

W przepisach ustawy Pzp została uregulowana kwestia momentu zakończenia postępowania.

Zgodnie z art. 254 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się:

- 1) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo
- 2) unieważnieniem postępowania.

Na podstawie art. 255 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważniać postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zamawiający nie zdecyduje się dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców, a następnie wyboru oferty (zob. art. 263 ustawy Pzp).

Powierzenie wykonywania zastrzeżonych czynności i powierzenie pomocniczych działań zakupowych

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp kierownik zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten przyznaje kierownikowi zamawiającego uprawnienia do dokonywania

wszelkich czynności związanych z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania.

Czynności zastrzeżone dla kierownika zamawiającego to czynności o charakterze decyzyjnym (np. zatwierdzenie propozycji komisji przetargowej wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty, a także wniosku o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia). Do ustawowych czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego należy zaliczyć również powołanie i odwołanie komisji przetargowej, określenie organizacji, składu, trybu pracy oraz zakresu obowiązków członków komisji przetargowej, w celu zapewnienia sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac, a także powołanie biegłych z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej.

Czynnościami zastrzeżonymi dla kierownika zamawiającego będą czynności zatwierdzenia wartości zamówienia, wartości nagród w konkursie, powołania sądu konkursowego oraz dokonywania zmian w jego składzie, sprawowania nadzoru nad sądem konkursowym w zakresie zgodności konkursu z przepisami ustawy Pzp i regulaminem konkursu, zatwierdzenia regulaminu konkursu, unieważnienie konkursu, zatwierdzenia rozstrzygnięcia konkursu.

Do czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego należy zaliczyć wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego (zatwierdzenie przygotowanego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, zamówienia z wolnej ręki, licytacji elektronicznej, partnerstwa innowacyjnego), w tym również wybór trybu przetargu nieograniczonego. Kierownik zamawiającego reprezentuje zamawiającego w postępowaniu odwoławczym oraz (chyba, że zostanie ustanowiony pełnomocnik) oraz

postępowaniu skargowym, zatwierdza odpowiedź na odwołanie.

Ze względu na charakter czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego, do tych czynności należy również zaliczyć zatwierdzenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, dokumentacji postępowania (np. zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, specyfikacji istotnych warunków zamówienia), wskazanie osób do udziału w negocjacjach w trybie zamówienia wolnej ręki, wyrażenie zgody na zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, istotną zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 12a ust. 2 ustawy Pzp), podjęcie decyzji o odrzuceniu ofert wstępnych, zatwierdzenie wynegocjowanych warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego należy zaliczyć prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Kierownik zamawiającego, na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pisemnie informuje o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych. W przypadku wniesienia odwołania kierownik zamawiającego decyduje o złożeniu do Krajowej Izby Odwoławczej wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Kierownik zamawiającego decyduje o wszczęciu postępowania oraz ustanowieniu dynamicznego systemu zakupów oraz udzielaniu zamówień objętych tym systemem, przeprowadzeniu postępowania w celu zawarcia umowy ramowej oraz udzielaniu zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową.

Do czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego należy zaliczyć również podjęcie decyzji o wyborze oferty na podstawie art. 263 ustawy Pzp.

Kierownik zamawiającego zatwierdza protokół postępowania o udzielanie zamówienia publicznego i protokół konkursu.

Powierzenie wykonywania czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego musi mieć postać upoważnienia zindywidualizowanego (adresowanego do danego pracownika) z wymienieniem czynności związanych z przygotowaniem postępowania oraz czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zob. orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 22 lutego 2010 r., GKO Nr BDF1/4900/87/89/09/3148 z dnia 22 lutego 2010 r. oraz z dnia 13 czerwca 2013 r., BDF1/4900/35/40/RN-10/13/RWPD-390).

Do odpowiedzialności kierownika za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odniosła się GKO w orzeczeniu z dnia 26 kwietnia 2018 r., BDF1.4800.13.2018., w którym zwrócono uwagę, że „W przedmiotowej sprawie to Obwiniony (Burmistrza Miasta) - poprzez zatwierdzenie SIWZ - w sposób ostateczny opisał przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnił uczciwą konkurencję. Nie jest przy tym zasadne kwestionowanie faktu dokonania opisu przez Obwinionego, zawarte w treści złożonego odwołania, polegające na stwierdzeniu, że brak jest w tym przypadku znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Opisania przedmiotu zamówienia dokonuje w sposób ostateczny - jak stwierdzono wyżej - osoba, która zatwierdza opis zawarty w SIWZ. Do czasu tego zatwierdzenia, przygotowana przez pracownika jednostki SIWZ, zawierająca ten opis, ma jedynie walor projektu. Ostatecznym dokumentem, wchodzącym do obiegu prawnego, staje się dopiero po zatwierdzeniu przez upoważnioną osobę - w tym przypadku przez Obwinionego będącego kierownikiem jednostki. Odpowiedzialność kierownika jednostki w tym zakresie wynika natomiast z powołanego wyżej art. 18 ust. 1 Pzp2004. Fakt, że określone czynności wykonują pracownicy poszczególnych, nawet wyspecjalizowanych w tym zakresie komórek, nie wyłącza

odpowiedzialności samego kierownika jednostki. (...) Przepis ten wskazuje - i to w sposób uniwersalny, a nie tylko dla potrzeb postępowań przed Prezesem UZP i KIO - kto odpowiada za czynności podejmowane na gruncie zamówień publicznych."

W orzeczeniu z dnia 21 lipca 2016 r., BDF1.4800.30.2016, GKO uznała natomiast, że naruszenia dyscypliny określonego w art. 17 ust. 1b pkt 2 UsDysFinPub może dopuścić się tylko osoba, która udzieliła zamówienia publicznego. Odpowiedzialności tej nie można przypisać innej osobie, chociażby zatwierdziła ona inne dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Komisja zwróciła przy tym uwagę, że dostosowanie się do błędnej opinii pracownika nie zwalnia kierownika jednostki od odpowiedzialności w przedmiocie samodzielnie podejmowanej decyzji o udzieleniu bądź nieudzieleniu zamówienia publicznego i podpisania umowy z określonym podmiotem.

„W orzeczeniu z dnia 6 listopada 2017 r., BDF1.4800.88.2017., GKO zwróciła natomiast uwagę, że „Z okoliczności tych Obrońca wyprowadza wniosek, że „żądanie natomiast od Obwinionego, aby przeanalizował całość dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji dotyczącej wszystkich uprzednio wszczętych postępowań uzupełniających czy też dodatkowych w ramach tego zadania/projektu/zamówienia (...), prowadzonych przez (...), byłoby i jest wymaganiem nierealnym, niemożliwym do spełnienia. Zgodnie z zakresem umocowania Obwinionego, ciążył na nim przecież szereg innych obowiązków jakie miał realizować, pełniąc funkcję Dyrektora (...).” Przesądzać to ma, zdaniem składającej odwołanie, o braku zawinienia po stronie Obwinionego. Główna Komisja Orzekająca stwierdza, że argumentacja Obrońcy w zakresie winy Obwinionego nie jest zasadna. GKO nie neguje przy tym okoliczności, że w chwili podejmowania decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia Obwiniony kierował jednostką organizacyjną o istotnym i rozległym zakresie działalności. Byłoby nieracjonalne

twierdzić, że Obwiniony może i powinien dostrzec wszelkie potencjalne uchybienia w działalności podległych pracowników. Wzorzec należytej staranności, jakiej można wymagać od osoby zajmującej takie stanowisko, jak Obwiniony, nie zakłada konieczności i obowiązku zajmowania się wszystkimi sprawami związanymi z działalnością kontrolowanej jednostki. Jednak kierownik jednostki sektora finansów publicznych, będącej zamawiającym, powinien dołożyć należytej staranności w tym sensie, że powinien skontrolować co najmniej najpoważniejsze podejmowane czynności, nie zaś ufać w sposób bezkrytyczny podległym pracownikom i wytworzonym przez nich dokumentom. Należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie, ustalone okoliczności wskazują, że Obwiniony miał obiektywną możliwość zweryfikowania podstaw zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki poprzez analizę dokumentacji zamówienia."

GKO uznała również uwagę, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp2004 „kierownik zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego względu, w przypadku nieprawidłowości dotyczących zamówienia publicznego stanowiącej naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określona osoba - w tym przypadku kierownik Zamawiającego - występuje we wszczętym później postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jako obwiniony." W ocenie GKO ustalenie wartości zamówienia przez osobę, której kierownik powierzył dokonanie takiej czynności, również nie oznacza ostatecznego zatwierdzenia wartości zamówienia.

Ustalenia wartości zamówienia w sposób ostateczny dokonuje kierownik zamawiającego, poprzez jej zatwierdzenie.

NIESKUTECZNE WNIESIENIE WADIUM PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

W ORZECZNICTWIE KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ DOMINUJE POGLĄD, ZGODNIE
Z KTÓRYM KWESTIA PRAWIDŁOWOŚCI WNIESIENIA WADIUM NIE MOŻE BYĆ
PRZEDMIOTEM WYJAŚNIEŃ, A TYM BARDZIEJ WADIUM NIE MOŻE BYĆ UZUPEŁNIONE.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu wykonawca E. ubiegający się o zamówienie wspólnie z wykonawcą P. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w której wymieniony został tylko E. i żadne postanowienie w treści tej gwarancji nie wskazywało na fakt złożenia oferty przez jakiegokolwiek innego jeszcze wykonawcę.

W pierwszej kolejności należy zatem wskazać, że celem złożenia wadium jest zabezpieczenie oferty na wypadek ziszczenia się którejkolwiek z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, dla zapewnienia skuteczności zabezpieczenia, z treści gwarancji musi wynikać m.in., wobec czyich działań bądź zaniechań związanych z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Gwarant zobowiązuje się do wypłaty kwoty gwarantowanej. W konsekwencji, jeżeli oferta jest składana przez wykonawców występujących wspólnie

(konsorcjum), w treści gwarancji powinni być wymienieni konsorcjanci lub powinny znaleźć się inne postanowienia wskazujące na złożenie oferty przez więcej niż jednego wykonawcę. W przeciwnym wypadku, jeżeli przesłanka zatrzymania wadium wynika z przyczyn dotyczących wykonawcy, którego udział w konsorcjum składającym ofertę nie został w żaden sposób wskazany w treści gwarancji, zachodzi ryzyko, że Gwarant nie wypłaci zamawiającemu kwoty gwarantowanej. Tym samym nie można w takim przypadku twierdzić, że wadium skutecznie zabezpiecza ofertę.

Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., XII Ga 555/18, który został wydany w oparciu o wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17 i w którym stwierdzono m.in. „Przypomnieć w tym miejscu należy, iż zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w niniejszej sprawie wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp2004. Już tylko z tej przyczyny

stanowisko skarżących odnośnie do tego, że zabezpieczenie interesów zamawiającego wyłącznie w kontekście działań lidera konsorcjum i tych zależnych od niego (...) jest wystarczające dla spełnienia przesłanki skuteczności gwarancji wadialnej, nie znajduje swojego uzasadnienia”.

Powyższe stanowisko jednoznacznie potwierdza też powoływany przez odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r., XXIII Zs 31/21, w którym wskazano: „gwarancja bankowa obejmująca tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi nieprawidłowo złożone wadium jako zabezpieczenie wspólnej oferty”.

Jednocześnie należy także odnieść się do okoliczności zaistniałych w niniejszym postępowaniu, tj. faktu zwrócenia się przez zamawiającego do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz do (...) Towarzystwa Ubezpieczeń (...) o wyjaśnienia co do wiedzy Gwaranta o złożeniu oferty przez konsorcjum i związanych z tym warunków wypłaty kwoty gwarantowanej.

Po pierwsze, należy zauważyć, że w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, zgodnie z którym kwestia prawidłowości wniesienia wadium nie może być przedmiotem wyjaśnień, a tym bardziej wadium nie może być uzupełnione, w tym także w zakresie treści gwarancji wadialnej (por. wyrok z dnia 30 listopada 2016 r., KIO 2179/16). Wynika to też z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, w którym wskazano, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Tymczasem w niniejszym postępowaniu dopiero w wyniku zapytania skierowanego do Gwaranta, zamawiający uzyskał informację o posiadaniu przez niego wiedzy o tym, że oferta została złożona przez konsorcjum składające się z E. oraz P., a także uzyskał zapewnienie, że „wskazana w Gwarancji kwota 500.000,- zł zostanie wypłacona Zamawiającemu również, gdy konieczność wypłaty będzie bezpośrednio

związana z działaniem bądź zaniechaniem Przedsiębiorstwa E., tj. konsorcjanta niewskazanego w treści gwarancji ubezpieczeniowej”. Również dopiero w wyniku wymiany korespondencji z przystępującym zamawiający uzyskał umowę konsorcjum i zapewnienie, że Gwarant wiedział o złożeniu oferty przez obu wykonawców wspólnie.

W związku z tym należy podkreślić, że informacja o zabezpieczeniu oferty złożonej przez konsorcjum i realizacji zobowiązań Gwaranta w przypadku działania lub zaniechania każdego z konsorcjantów powinna wynikać już z treści gwarancji złożonej wraz z ofertą. Informacja ta nie powinna być przedmiotem domysłów zamawiającego i nie może być uzupełniana w toku postępowania o udzielenie zamówienia, także w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem przekazanie przez przystępującego i Gwaranta ww. informacji w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, stanowiło w istocie uzupełnienie gwarancji o treści wcześniej w niej nie występujące. Już tylko z tego powodu ww. informacje przekazane zamawiającemu w toku postępowania nie mogą być uwzględnione przy ocenie prawidłowości wniesienia wadium przez przystępującego.

Po drugie, należy zauważyć, że gwarancja ma charakter abstrakcyjny i nieakcesoryjny, na co wskazał też Sąd Najwyższy w ww. wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17. Oznacza to, że przy jej stosowaniu nie można odwoływać się do innych stosunków prawnych leżących u podstaw jej udzielenia, a w efekcie ocena treści gwarancji nie może opierać się na treści innych dokumentów niż sama gwarancja.

Powyższe prowadzi do wniosku, że dla oceny gwarancji złożonej w niniejszym postępowaniu nie mają znaczenia dokumenty uzyskane dodatkowo przez zamawiającego w toku postępowania, tj. ww. pismo Gwaranta z dnia 10 listopada 2022 r., czy umowa konsorcjum z dnia 26.09.2022 r. Pomijając już wskazaną wcześniej niedopuszczalność uzupełniania treści gwarancji, należy bowiem raz jeszcze podkreślić, że nieakcesoryjny charakter gwarancji wyłącza

możliwość dokonywania jej oceny z pomocą innych dokumentów wynikających z innych stosunków prawnych. Sama treść gwarancji musi być zatem jasna i jednoznaczna i musi potwierdzać bezwarunkowe i nieodwołalne zabezpieczenie oferty, bez uciekania się do innych dokumentów.

Powyższe potwierdza ww. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r., XXIII Zs 31/21, w którym wskazano: „Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielania gwarancji. (...) Przekładając powyższe uwagi na realia niniejszej sprawy wskazać w konsekwencji należy, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Konieczność oceny prawidłowości wadium na podstawie złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom, dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który dla zamawiającego korzystnie lub nie zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium. Wobec powyższego gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna. (...) Co do umowy, to jej zapisy regulują wyłącznie stosunek pomiędzy partnerem a liderem konsorcjum określając zasady ich wspólnego ubiegania się o zamówienie oraz dalej wspólnej realizacji zamówienia. Zapisy tej umowy w żaden sposób nie wpływają na stosunek gwarancji”.

Jak już wyżej wskazano, w treści gwarancji wystawionej dla E. nie ma postanowień wskazujących na zabezpieczenie oferty złożonej także przez jakiegokolwiek innego wykonawcę, a abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji wyłącza możliwość wywiedzenia takiej informacji z innych dokumentów.

Po trzecie, o skuteczności zabezpieczenia oferty nie świadczą w tym wypadku także postanowienia gwarancji o wypłaceniu gwarantowanej kwoty bezwarunkowo i nieodwołalnie. Należy bowiem zauważyć, że bezwarunkowe działanie Gwaranta może obejmować wyłącznie to, do czego zobowiązał się on w treści gwarancji. Jeżeli jego zobowiązanie nie dotyczy działania lub zaniechania danego wykonawcy, to nie będzie on zobligowany do wypłacenia kwoty gwarantowanej w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp z przyczyn dotyczących tego wykonawcy, mimo zawartych w gwarancji postanowień o jej bezwarunkowym charakterze. Powyższe zostało też jasno wskazane przez Sąd Okręgowy w Gdańsku w ww. wyroku z dnia 27 lutego 2019 r., XII Ga 555/18: „Prawidłowość gwarancji nieobjętej wszystkich członków konsorcjum nie może być również wywodzona z faktu, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji”. W niniejszej sprawie zobowiązanie się Gwaranta do bezwarunkowego działania nie oznacza zatem, że zaspokoi on zamawiającego w razie zaistnienia okoliczności wynikających z działania bądź zaniechania wykonawcy P.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez wykonawcę E. nie stanowi skutecznego zabezpieczenia oferty złożonej przez tegoż wykonawcę wraz z innym członkiem konsorcjum. Oznacza to, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Wyrok z dnia 23 grudnia 2022 r., KIO 3306/22

Źródło: www.uzp.gov.pl

AKTUALNOŚĆ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH

W ORZECZNICTWIE KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ NIE UKSZTAŁTOWAŁA SIĘ
JEDNOLITA LINIA ORZECZNICZA DOTYCZĄCA POSTĘPOWANIA ZAMAWIAJĄCEGO
W PRZYPADKU ZŁOŻENIA WRAZ OFERTĄ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW
DOWODOWYCH.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, 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, w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, 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. Wyjątek stanowią podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w art. 117 ust. 4 (oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy) i art. 118 ust. 3 Pzp (zobowiązanie podmiotu trzeciego).

Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających brak podstaw wykluczenia i

spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert.

W wyroku z dnia 13 marca 2020 r., KIO 430/20, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, 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.” „Złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być zatem aktualne na dzień ich złożenia, z tym że za aktualny na gruncie tego przepisu należy uznać podmiotowy środek, który potwierdzać będzie: z jednej strony spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili jego złożenia (co nie było kwestionowane w wyniku przeprowadzonej kontroli), a z drugiej strony, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.” (zob. uchwałę z dnia 25 czerwca 2022 r., KIO/KD 17/22).

Użyte w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wyrażenie „aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych” należy również odnieść do przepisów 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 (poz. 2415), ponieważ w przypadku niektórych podmiotowych środków dowodowych ich aktualność jest związana z datą ich sporządzenia. Przykładowo, zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, musi być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, informacja z Krajowego Rejestru Karnego musi być sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

W przypadku informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową, termin jej ważności określono „w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem”. Oznacza to, że nie można złożyć w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentu „starszego” niż 3 miesiące przed jej złożeniem,

ale dopuszczalne jest złożenie dokumentu bardziej aktualnego tj. wystawionego po dacie składania ofert.

Zupełnie inne znaczenie ma aktualność wykazu robót budowlanych wykonanych, w którym wykonawca wykazuje roboty budowlane wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przy czym okres ten liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a w trybie zamówienia z wolnej ręki liczy się wstecz od dnia jego złożenia. W przypadku dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia, z treści tych dokumentów (np. polisy OC) musi wynikać, że w chwili złożenia oferty i oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca był ubezpieczony na wymaganą sumę gwarancyjną ubezpieczenia.

Dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, muszą potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia, na dzień złożenia oferty.

W wyroku z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3477/21, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „pomimo, iż oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, to powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na

wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą. Tymczasem treść złożonej na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przez Odwołującego polisy, w której wskazano okres ubezpieczenia od dnia 14 lipca 2021 r., przeczy złożonemu w dokumencie JEDZ oświadczeniu, że na dzień składania ofert tj. 13 lipca 2021 r. Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiadał polisę OC na kwotę 10 mln zł.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powyższej sytuacji nie zmienia fakt, iż Odwołujący w dniu 29 października 2021 r. przedłożył Zamawiającemu aneks do polisy zmieniający pierwotny czas ubezpieczenia na okres od dnia 13 lipca 2021 r. do dnia 12 lipca 2022 r. Jak bowiem zostało ustalone w postępowaniu, Odwołujący powyższy aneks uzyskał dopiero w dacie 29 października 2021 r., a zatem na dzień 13 lipca 2021 r. nie spełniał on warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, skoro dokument taki uzyskał po upływie ponad trzech miesięcy od upływu terminu składania ofert. W konsekwencji, pomimo że na moment uzupełniania dokumentów Odwołujący był w stanie powołać się posiadanie polisy OC z datą obowiązującą w dniu upływu terminu składania ofert, to jednocześnie w postępowaniu w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości ustalono, że w dacie składania oświadczenia wstępnego, tj. dzień 13 lipca 2021. nie posiadał on ubezpieczenia na kwotę 10 mln zł. Powyższe w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podważa prawdziwość oświadczenia wstępnego złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Złożone przez Odwołującego polisy OC nie potwierdzały bowiem, że w dacie składania ofert faktycznie legitymował się on wymaganym w niniejszym postępowaniu ubezpieczeniem od

odpowiedzialności cywilnej na kwotę 10 mln zł. W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej były przez niego spełnione przez cały okres trwania postępowania, wobec podważenia prawdziwości złożonego wraz z ofertą oświadczenia wstępnego. Tym samym Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a-c) Pzp". Zob. także wyrok z dnia 1 grudnia 2022 r., KIO 3025/22.

Złożenie podmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą (bez wezwania zamawiającego)

W orzecznictwie słusznie zwraca się uwagę, że problematyka samodzielnego złożenia, poprawienia i uzupełniania podmiotowych środków dowodowych oraz oceny jego skutków ma złożony charakter.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie ukształtowała się jednolita linia orzecznicza dotycząca postępowania zamawiającego w przypadku złożenia wraz ofertą podmiotowych środków dowodowych. Na przestrzeni kilku lat w orzecznictwie były prezentowane różne stanowiska. W uchwale z dnia 27 lutego 2019 r., KIO/KD 13/19, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do art. 26 ust. 1 Pzp2004 (aktualnie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), uznała, że „Zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp2004 zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp2004, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004. Tym samym ustawodawca nadał obligatoryjny charakter wezwaniu wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do

złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Oznacza to, że w postępowaniach, w których zastosowanie ma art. 26 ust. 1 Pzp2004, substytutu wezwania nie może stanowić samodzielne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu lub nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia, nawet w sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty wymagane przez rozporządzenie, na skutek złożenia ich przez wykonawcę wraz z ofertą. Ponadto w dokumentacji przedmiotowego postępowania brak jest oświadczenia wykonawcy F.H.U. K. G. sp. z o.o. złożonego w okresie pomiędzy wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp2004 z dnia 23 stycznia 2018 r. a zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 stycznia 2018 r., które dotyczyłoby potwierdzenia aktualności dokumentów podmiotowych złożonych wraz z ofertą. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się co najwyżej zastąpienie wezwania do złożenia dokumentów wezwaniem do potwierdzenia aktualności dokumentów, które wykonawca złożył wraz z ofertą (vide: wyrok z dnia 25 stycznia 2017 r., KIO 103/17, cytowany w informacji o wyniku kontroli z dnia 22 stycznia 2019 r.), skutkiem czego za niedopuszczalne należy uznać zupełne zaniechanie wezwania wykonawcy do przekazania dokumentów lub informacji pozwalających na weryfikację aktualności dokumentów po uznaniu oferty wykonawcy za najwyżej ocenioną."

W wyroku z dnia 19 stycznia 2021 r., KIO 3464/20, skład orzekający uznał, że „substytutu wezwania nie może stanowić samodzielne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu lub nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia. Domniemanie takie nie może mieć miejsca nawet w sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty wymagane przez rozporządzenie, na skutek złożenia ich przez wykonawcę wraz z ofertą. Zamawiający nie ma bowiem wiedzy, czy w okresie między

złożeniem oferty a wyborem najkorzystniejszej oferty, w sytuacji podmiotowej wykonawcy nie nastąpiły zmiany, które skutkowałyby koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza dopuszcza wyjątkowo zastąpienie wezwania do złożenia dokumentów wezwaniem do potwierdzenia aktualności dokumentów, które wykonawca złożył wraz z ofertą.

W wyroku z dnia 25 stycznia 2017 r., KIO 103/17 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „Skoro wykonawca, wbrew dyspozycjom zamawiającego zawartym w SIWZ załączył do oferty tzw. dokumenty podmiotowe - potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zachodziła konieczność wezwania przez zamawiającego, przed wyborem oferty tego wykonawcy, do potwierdzenia, że pozostają one nadal aktualne. W związku z tym, odstępując od wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp2004, zamawiający naruszył przepis i w konsekwencji dokonana ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia jest wadliwa (co najmniej niewystarczająca)."

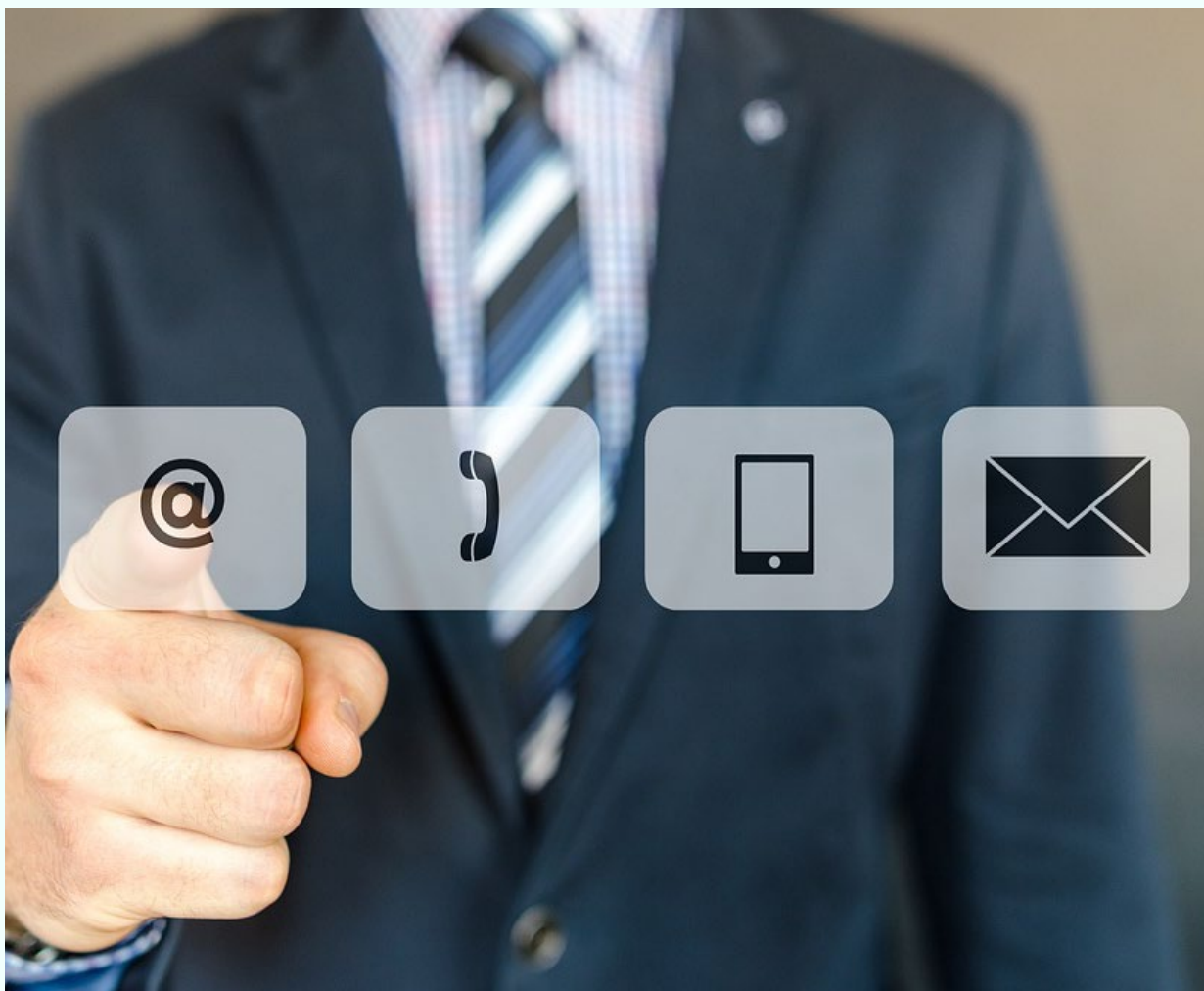
W wyroku z dnia 9 grudnia 2021 r., KIO 3460/21, uznała, że „w odniesieniu do dokumentów samodzielnie złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, które nie były wymagane do złożenia wraz z ofertą, należy w ocenie Izby odpowiednio zastosować przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, w świetle, którego wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność."

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

prawidłowość, tj. zgodność z obowiązującymi przepisami. Co więcej, przepis art. 26 ust. 3 Pzp2004 nie pozostawia wątpliwości, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest obligatoryjną, poza wyjątkami przewidzianymi w treści samego przepisu, czynnością podejmowaną z inicjatywy zamawiającego. Z drugiej jednak strony przepisy Pzp2004 nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów nawet bez wspomnianego wezwania. Może się bowiem zdarzyć sytuacja, w której zamawiający - pomimo wspomnianego obowiązku wezwania wykonawcy - czynności tej bezprawnie zaniecha, co nie tylko stanowić będzie naruszenie przepisów Pzp, ale skutkować może negatywnymi konsekwencjami dla samego wykonawcy. Z uwagi na przedstawione argumenty, zdaniem składu orzekającego,

omawianą kwestię należy rozstrzygać indywidualnie, w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego. Ad casum, ze względu na popełnione przez Zamawiającego błędy (zarówno te, o których dotąd wspomniano, jak i te, które zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia) Izba za zasadne uznała przyjęcie generalnej zasady, zgodnie z którą w przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu powinien być on wzięty pod uwagę przez Zamawiającego, zaś w sytuacji samodzielnego przedstawienia dokumentu zawierającego błędy Zamawiający powinien wezwać do jego uzupełnienia wskazując na wady dokumentu.”

W wyroku z dnia 8 lutego 2023 r., KIO 225/23, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie doszło do naruszenia art. 16 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie kierując do wykonawcy najwyżej ocenionego wezwania do złożenia



wszystkich podmiotowych środków dowodowych jakie były wymagane w SWZ nie złamał zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Wskazany wykonawca złożył wraz z ofertą dokumenty opisane w SWZ z wyłączeniem polisy. Wezwanie z dnia 3 stycznia 2023 r. dotyczyło m.in. złożenia wymaganej polisy. Te okoliczności zostały w odwołaniu przyznane, na nich bowiem został oparty ten zarzut. Treść dokumentów de facto w zakresie tego zarzutu nie była kwestionowana. Zatem wykonawca złożył wraz z ofertą część dokumentów i oświadczeń wskazanych w SWZ, w tym „oświadczenie o aktualności podanych informacji i oświadczeń”. Takie działanie wykonawcy nie narusza przepisów ustawy Pzp, a zatem nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. W tym postępowaniu zamawiający mając na względzie przepisy Pzp oraz sprawność postępowania (jego ekonomikę) i dysponując dokumentami wraz z ofertą - uznał wezwanie wykonawcy do złożenia tych podmiotowych środków dowodowych za nieuzasadnione i ograniczył wezwanie tylko do polisy.

W odwołaniu Odwołujący podniósł, że wbrew zapisom SWZ oraz przepisom ustawy Pzp zamawiający nie skierował do wykonawcy najwyżej ocenionego wezwania do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych jakich wymagał zgodnie z SWZ, a jedynie do złożenia tych dokumentów jakie wykonawca nie załączył wraz z ofertą. W ocenie Odwołującego „Co prawda istnieje pogląd, że kierowanie wezwań do wykonawcy, w sytuacji, gdy zamawiający jest już w posiadaniu wskazanych podmiotowych środków dowodowych, jest zbytnim formalizmem, wydłużającym postępowanie i nie mającym podstawy w obowiązującym stanie prawnym, jednak w przypadku zaistnienia takiej sytuacji Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do potwierdzenia ich aktualności na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe twierdzenie potwierdza dyspozycja art. 127 ust. 2 ustawy

Pzp, który stanowi, iż „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.” Odwołujący zwrócił również uwagę, że takie stanowisko prezentuje rajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 9 grudnia 2021 r. wskazuje: „w odniesieniu do dokumentów samodzielnie złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, które nie były wymagane do złożenia wraz z ofertą, należy odpowiednio zastosować przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, w świetle którego wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.”

W wyroku z dnia 1 czerwca 2020 r., KIO 529/20, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „regułą jest, że to zamawiający jako gospodarz postępowania ocenia, które oświadczenia lub dokumenty i w jakim zakresie są konieczne, aby wykonawca wykazał m.in. spełnienie warunków udziału w postępowaniu i to zamawiający wzywa wykonawcę do ich uzupełnienia, jeżeli uprzednio nie zostały one prawidłowo złożone w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp2004. Zdarza się jednak, że wykonawca nie zastosuje się do tej reguły i przed skierowaniem do niego wezwania samodzielnie uzupełni dokumenty. Należy podkreślić, że co do zasady (o odstępstwie - pkt 2, str. 14 uzasadnienia) w takim przypadku zamawiający nie zostaje zwolniony z obowiązku zostały określone jako: „chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Tym samym jedynie konieczność odrzucenia oferty lub konieczność unieważnienia postępowania zwalnia zamawiającego z obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp2004. Okolicznością zwalniającą z tego obowiązku, jak wynika z treści przepisu, nie jest natomiast fakt, że wykonawca z własnej inicjatywy jakieś dokumenty uzupełnił. Po trzecie, nie można

zgodzić się z tezą, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia po jego wcześniejszym samouzupełnieniu określonych dokumentów, stanowi ponowne wezwanie. Jeżeli wykonawca nie czekając na wezwanie samodzielnie uzupełnił dokumenty, to znaczy, że wezwanie go następnie przez zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 będzie w istocie pierwszym wezwaniem, a nie ponownym. Po czwarte, należy wskazać, że w świetle art. 7 ust. 1 Pzp2004, wykonawca ma prawo otrzymać od zamawiającego precyzyjne informacje co do tego, które pierwotnie złożone przez niego dokumenty i w jakim zakresie nie są wystarczające do wykazania spełnienia m.in. warunków udziału w postępowaniu i co w takiej sytuacji ma uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004. Dopiero bowiem jednoznaczna informacja od zamawiającego w ww. zakresie daje wykonawcy realną możliwość prawidłowego uzupełnienia dokumentów i wykazania spełnienia m.in. warunków udziału w postępowaniu. Zatem, niezależnie od obowiązków wprost wynikających z treści art. 26 ust. 3 Pzp2004, z których jak wskazano już wyżej, nie zwalnia zamawiającego samouzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, brak wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 naruszałby również wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp2004 prawo wykonawcy do otrzymania precyzyjnej informacji, co musi uzupełnić, i co za tym idzie - prawo do rzeczywistej możliwości prawidłowego uzupełnienia dokumentów. Samodzielne uzupełnienie dokumentów, bez wezwania ze strony zamawiającego, nie odbiera wykonawcy ww. praw. W konsekwencji, zaniechanie właściwego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 do uzupełnienia dokumentów (np. z powodu samouzupełnienia), nie daje zamawiającemu podstaw do wykluczenia tego wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp2004." Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „jeżeli wykonawca samodzielnie, bez wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004, uzupełni dokumenty, na zamawiającym w dalszym ciągu ciąży obowiązek precyzyjnego wezwania wykonawcy

na podstawie ww. przepisu do uzupełnienia dokumentów w koniecznym zakresie”, „odstępstwo od powyższego może dotyczyć jedynie sytuacji, gdy wykonawca mimo braku wezwania, samodzielnie uzupełni dokumenty w takim zakresie, jaki rzeczywiście jest potrzebny do wykazania np. warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji bowiem (czyli po prawidłowym samouzupełnieniu) nie zachodzi już przesłanka, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp2004, tj. brak złożenia oświadczeń lub dokumentów, ich niekompletność, błędy lub wątpliwości po stronie zamawiającego. Zatem jedynie po prawidłowym samouzupełnieniu, w świetle ww. przepisu, zamawiający może zostać zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyrokach: KIO 2007 i 2014/17, KIO 1122/16, KIO 172/17, KIO 213, 214 i 215/15, KIO 2099/17, KIO 1597/17 oraz KIO 2243, 2256 i 2262/15.”

Za bezzasadne należy uznać wezwanie wykonawcy do potwierdzenia, że podmiotowe środki dowodowe złożone wraz z ofertą, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, których treść nie ulegnie zmianie, są nadal aktualne (np. wykaz robót budowlanych wykonanych oraz referencje, zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego).

NIEWSKAZANIE W OGŁOSZENIU O ZAMÓWIENIU PODSTAW WYKLUCZENIA

**OBOWIĄZEK WSKAZYWANIA PODSTAW WYKLUCZENIA W OGŁOSZENIACH
O ZAMÓWIENIU DOTYCZĄCYCH POSTĘPOWAŃ PROWADZONYCH W TRYBIE
PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO NA ZAMÓWIENIA KLASYCZNE,
POTWIERDZA ROZPORZĄDZENIE USTANAWIAJĄCE
STANDARDOWE FORMULARZE DO PUBLIKACJI OGŁOSZEŃ
W DZIEDZINIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.**

Z dokumentacji postępowania wynikało, że zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu obligatoryjnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z tym, zwrócono się z prośbą o wyjaśnienie, czy zamawiający dokonał zmian treści ogłoszenia o zamówieniu pod kątem przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli tak, poproszono o uzupełnienie odpowiednich dokumentów. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „Zamawiający nie dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu pod kątem przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wypełnił obowiązek poinformowania wykonawców o zastosowaniu przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie w SWZ, pkt 9.1. IDW, Tom I., informacji o przesłankach wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, stosując się tym samym do treści art. 134 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona został pozytywnie zweryfikowany przez Zamawiającego w zakresie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie złożonej przez Wykonawcę informacji z Centralnego Rejestru

Beneficjentów Rzeczywistych z dnia 28.07.2022 r. Zamawiający dochował obowiązku kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ taka możliwość została przez niego przewidziana w SWZ i szczegółowo opisana, także w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp.”

Kontrolujący stwierdził, iż w treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający określił, że w toku postępowania będzie badał przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 2) lit. a), 3) w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit. a), 4)-10) ustawy Pzp. Natomiast, w postanowieniach SWZ poinformował wykonawców, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku, do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Opisana powyżej niespójność pomiędzy zapisami SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania postępowania, aż do jego zakończenia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88

ustawy Pzp stosuje się. Konieczność dokonania zmian ogłoszenia o zamówieniu może wynikać m.in. z błędów, w tym z niezgodności zapisów zawartych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią SWZ, bez następczego ich sprostowania lub zmiany, naruszył treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uznając ustalenia faktyczne dokonane przez Kontrolującego za prawidłowe, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej zgłoszone w dniu 20 stycznia 2023 r. przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Okolicznością bezsporną było to, że Zamawiający wszczynając przedmiotowe postępowanie zamieścił w treści ogłoszenia o zamówieniu postanowienia niespójne z treścią specyfikacji warunków zamówienia - Zamawiający wymieniając w treści ogłoszenia o zamówieniu obowiązujące podstawy wykluczenia nie wskazał na art. 108 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią sekcji VI.3) pkt 7 ogłoszenia o zamówieniu „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 2) lit. a), 3) w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit. a), 4)-10) Pzp.”, podczas gdy w pkt 9.1 SWZ Tom I - IDW wskazano, iż „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.”, zaś w pkt 9.2 SWZ Tom I - IDW wymieniono ww. fakultatywne podstawy wykluczenia. Pomimo przedmiotowej niespójności Zamawiający do upływu terminu składania ofert nie dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp do katalogu podstaw wykluczenia wskazanych w sekcji VI.3.

Odnosząc się do treści wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń w pierwszej kolejności należy wskazać, iż nie jest zasadne powoływanie się przez Zamawiającego na okoliczność, iż w przepisach obecnie obowiązującej ustawy Pzp brak jest normy prawnej, która obliuguje Zamawiającego do zamieszczenia w ogłoszeniu określonych treści.

Po pierwsze, nawet jeśli Zamawiający twierdzi, że nie miał obowiązku publikować w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia z postępowania, to jednak informacje takie zamieścił i już z tego względu winny one korelować z treścią SWZ, w świetle zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp.

Po drugie, myli się Zamawiający twierdząc, że nie miał takiego obowiązku. Wskazać w tym miejscu należy na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.). Ponadto w ust. 2 tego przepisu wskazano, iż Zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE. Zamawiający publikując ogłoszenie o zamówieniu ma zatem nie tylko mieć na uwadze przepisy krajowe, ale również unijne, w szczególności dyrektywę 2014/24/UE (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz.Urz.UE.L 2014 Nr 94, str. 65) oraz właściwe rozporządzenia wykonawcze.

Załącznik V do dyrektywy 2014/24/UE w Części C „Informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu” (o którym mowa w art. 49 dyrektywy) w pkt 11 lit. c wskazuje na konieczność zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o warunkach udziału, w tym: „listy i krótkiego opisu kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, oraz kryteriów kwalifikacji (...)”. Niewątpliwie podstawy wykluczenia mieszczą się w pojęciu „kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia”, dyrektywa bowiem w ramach kryteriów kwalifikacji podmiotowej (Sekcja 3 Podsekcja 1) uwzględnia zarówno podstawy wykluczenia (art. 57), jak i kryteria kwalifikacji (art. 58, czyli na gruncie ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu).

Jednocześnie dyrektywa klasyczna, w ramach obowiązku umieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu listy i krótkiego opisu kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, nie rozróżnia podstaw wykluczenia o charakterze

obligatoryjnym i fakultatywnym, a zatem należy podać je wszystkie. Rozróżnienie takie można znaleźć w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439), które dotyczy jednak wyłącznie postępowań krajowych (por. Załącznik 1 pkt. I.6. ppkt 1 i 2).

Obowiązek wskazywania podstaw wykluczenia w ogłoszeniach o zamówieniu dotyczących postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienia klasyczne, potwierdza obowiązujące obecnie rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (e-formularze), Dz.Urz.U.E.L 2019 Nr 272 str.7, niemniej Izba wskazuje na to rozporządzenie jedynie uzupełniająco, ponieważ nie weszło ono jeszcze w życie w chwili wszczęcia postępowania przez Zamawiającego. Zgodnie z załącznikiem do tego



rozporządzenia w standardowych formularzach i ogłoszeniach stosuje się pola obowiązkowe i opcjonalne, a wśród pól obowiązkowych dla formularzy ogłoszenia o zamówieniu w procedurze konkurencyjnej (art. 49 dyrektywy 2014/24/UE - dyrektywa ogólna, tryb standardowy) w tabeli 2 ww. załącznika wymienia się pole o nazwie „podstawy wykluczenia” i opisie „Krótki opis kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji oferentów, która może prowadzić do ich wykluczenia. Obejmuje to listę wszystkich takich kryteriów i wskazywać wymagane informacje (np. oświadczenia własne, dokumenty). Może to również obejmować szczególne krajowe podstawy wykluczenia.”

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż skoro Zamawiający miał obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu pełną listę podstaw wykluczenia, a tego nie uczynił, to znaczy, że nie dopełnił ciążących na nim obowiązków informacyjnych. Nieprawidłowość polegająca na pominięciu w liście podstaw wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu art. 108 ust. 2 ustawy Pzp istniała od wszczęcia postępowania i nie została przed upływem terminu składania ofert skorygowana, stąd Kontrolujący wskazał na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła ponadto, że podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż niespójność ta dotyczy jedynie

redakcyjnego aspektu ogłoszenia o zamówieniu - omyłkowego pominięcia art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, a jako taka nie ma znaczenia merytorycznego ani dla rozumienia treści ogłoszenia w całości, ani dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, nie może być uznana za uzasadniającą brak możliwości stwierdzenia naruszenia. Zamawiający pomija fakt, iż wszczęcie kontroli uprzedniej nie jest warunkowane potencjalnym naruszeniem przepisów, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że zasada przejrzystości wyrażona w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp wymaga, aby treść dokumentów zamówienia była spójna i transparentna, a ewentualne błędy czy nieścisłości niezwłocznie korygowane. Tym bardziej, jeśli mają one miejsce w zakresie opisu podstaw wykluczenia, które warunkują możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, które jest postępowaniem o wartości przekraczającej progi unijne, i w którym prawdopodobieństwo udziału podmiotów zagranicznych jest większe niż w przypadku zamówień krajowych.

Uchwała z dnia 14 lutego 2023 r., KIO/KU 5/23

Źródło: www.uzp.gov.pl



CZY ZMIANA OCZEKIWAŃ SPOŁECZNYCH MOŻE BYĆ PODSTAWĄ DO ZASTOSOWANIA ART. 455 UST. 1 PKT 3 USTAWY PZP

USTAWA NIE OKREŚLA PRZY TYM ŻADNYCH OGRANICZEŃ RODZAJOWYCH
ODNOSZĄCYCH SIĘ DO PRZEDMIOTU SAMEJ ZMIANY, A WIĘC ZAKRESU
RZECZOWEGO ZAMÓWIENIA DODATKOWEGO.

W „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak: UZP/DKZP/KND/81/22) z dnia 23 grudnia 2022 r. Prezes UZP przedstawił informację o naruszeniach stwierdzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Realizacja obiektu stadionu miejskiego w N.S. (...) - realizacja w trybie „zaprojektuj i wybuduj””, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 454 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany Umowy nr (...), która to zmiana stanowiła istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie znajduje oparcia w przepisach w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto Prezes UZP uznał, że w konsekwencji powyższego zamawiający dopuścił się naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie obejmującym usługi i roboty budowlane, określone w Aneksie nr 1 zmieniającym umowę, w wyniku przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W ocenie Prezesa UZP zmiana Umowy polegająca na rozszerzeniu w drodze Aneksu świadczenia Wykonawcy o wykonanie dokumentacji dotyczącej dwóch dodatkowych trybun stałych wraz z zapleczem treningowym, tak aby cały

stadion sportowy składał się z czterech trybun stałych i zapewniał pojemność co najmniej 8 000 miejsc siedzących dla widzów, oraz wykonanie na podstawie tej dokumentacji, robót budowlanych polegających na realizacji dwóch dodatkowych trybun stałych wraz z zapleczem treningowym, tak aby cały stadion sportowy składał się z czterech trybun stałych i zapewniał pojemność co najmniej 8 000 miejsc siedzących dla widzów, na łączną kwotę 24 496 011,29 zł brutto, nie była zmianą dopuszczalną na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1, 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp.

W przypadku przesłanki określonej w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes UZP podniósł, że postanowienia Umowy nie zawierały odpowiednich klauzul umożliwiających zmianę umowy względem zaistniałego stanu faktycznego. W przypadku drugiej przesłanki, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Prezes UZP podał, że i ta przesłanka zmiany nieprzewidywalnej nie zachodziła, ponieważ w stanie faktycznym ustalonym w toku kontroli konieczność zmiany umowy nie była spowodowana okolicznościami, których Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć. W ocenie Prezesa UZP nie zachodziła także przesłanka określona w art. 455

ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ wartość zmian umowy przekracza określony w tym przepisie poziom 15% wartości pierwotnej umowy.

Prezes UZP podniósł także, że zmiany wprowadzone w zakresie przedmiotu Umowy również były niedopuszczalne na podstawie przepisu art. 455 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, na który powołały się Strony. Zmiana Umowy wprowadzona była zmianą istotną umowy, w rozumieniu przepisów art. 454 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, a co za tym idzie, w świetle art. 454 ust. 1 ustawy Pzp wymagała przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do powołania się przez Zamawiającego na dopuszczalność zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Prezes UZP między innymi zwrócił uwagę na następujące fakty:

Zmiana umowy bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest dopuszczalna wówczas, gdy zachodzą wszystkie warunki określone ww. normą, w tym w szczególności realizacja dodatkowych usług lub robót budowlanych stała się niezbędne dla wykonania zamówienia podstawowego. Przepis ten, nie wymaga, w porównaniu do brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), aby zamówienie dodatkowe było nieprzewidywalne. Niemniej, brzmienie przepisu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że potrzeba realizacji zamówienia dodatkowego nie może istnieć na etapie opisywania przedmiotu zamówienia. Ustawa stanowi bowiem wyraźnie, że niezbędność wykonania zamówienia dodatkowego uzasadniającego zmianę umowy musi „stać się”, a więc wystąpić, w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, stanowiącego przedmiot umowy. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie może powoływać się na przesłankę zmiany umowy, określoną w ww. przepisie, wtedy, gdy „niezbędność” istniała już na etapie przygotowywania postępowania lub udzielenia zamówienia, a na skutek zmian

decyzji zamawiającego dotyczących sfery jego potrzeb i wymagań, zamawiający uznał, że powstaje konieczność znacznego rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia poza pierwotnie zakładany w opisie przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP ustalił, że już w listopadzie 2019 r. Zamawiający dysponował projektem budowlanym i wykonawczym, dotyczącego przebudowy i rozbudowy Stadionu Miejskiego w N.S. do pojemności 8200 osób. Ostatecznie jednak zrezygnowano z tego zamierzenia z powodów finansowych oraz ekonomicznych, co wskazano wprost w treści PFU („Obecnie Zamawiający dysponuje pełną dokumentacją projektowo-kosztorysową dla budowy stadionu dla ponad 8000 widzów wraz z pozwoleniami/zgłoszeniem na budowę. Jednak ze względu na ogólną zmianę sytuacji ekonomiczno-gospodarczej, której to zmiany nie można było przewidzieć w czasie zamawiania przedmiotowej dokumentacji, Zamawiający jest zmuszony do wykonania znaczącej redukcji kosztów realizacji inwestycji w stosunku do kosztów określonych w posiadanej dokumentacji projektowej, gdyż była zamawiana w innych warunkach gospodarczo-ekonomicznych”).

Z powyższego więc wynika, że zapotrzebowanie społeczne na budowę stadionu sportowego o pojemności co najmniej 8 000 miejsc siedzących istniało przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, pn.: „Realizacja obiektu stadionu miejskiego w N.S. (...) - realizacja w trybie „zaprojektuj i wybuduj””.

Zamawiający uwzględnił tę potrzebę, ponieważ jak wynika z treści przekazanej dokumentacji, Zamawiający planował w przyszłości rozbudowę stadionu zrealizowanego na podstawie przedmiotowej Umowy, co znajduje odzwierciedlenie w Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdzie wskazano, że obiekt należy zaplanować z trybunami z trzech stron (od strony ulic Kilińskiego, Krańcowej i od strony rzeki Kamienica) z możliwością ich późniejszej rozbudowy. Tym samym potrzeba polegająca na realizacji 4 trybun stałych, o łącznej pojemności minimum 8 000 miejsc siedzących, była

Zamawiającemu znana już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Realizacja obiektu stadionu miejskiego w N.S. (...) - realizacja w trybie „zaprojektuj i wybuduj””, a więc nie stała się „niezbędna” w trakcie realizacji zamówienia na podstawie Umowy. Jeżeli jednak zrodziła się u Zamawiającego potrzeba budowy stadionu sportowego o co najmniej 8 000 miejsc w trakcie realizacji, to Zamawiający miał obowiązek rozpatrzyć, czy zmiana ta nie jest zmianą istotną.

Prezes UZP zwrócił również uwagę, że opis przedmiotu zamówienia, w tym potrzeby jakie ma zaspakajać i za pomocą jakich środków, podlegają konkretyzacji przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a więc na etapie jego przygotowywania, w ramach procesu inwestycyjnego, nie zaś na etapie wykonawstwa, jak miało to miejsce w kontrolowanej sprawie. Dodatkowo realizację obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wymagania i potrzeby Zamawiającego, wspiera instytucja analizy potrzeb i wymagań przewidziana w art. 83 ustawy Pzp. Zamawiający sporządził taką analizę potrzeb i wymagań. Według treści tego dokumentu, potrzebą i celem zamówienia była realizacja zamówienia obejmującego budowę stadionu sportowego na ok 4 900 miejsc siedzących.

Przechodząc do pojęcia „niezbędności” zamówienia dodatkowego, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, że „niezbędność” dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, należy interpretować jako prace, które są konieczne potrzebne, nieodzowne dla realizacji celu zamówienia, a więc dla uzyskania świadczenia zgodnego z potrzebami zamawiającego ukazanymi w dokumentacji postępowania. Niezbędność zmiany powinna mieć charakter obiektywny, co oznacza, że konieczność dokonania zmiany powinna być ściśle powiązana z przedmiotem zamówienia podstawowego. Jednocześnie Zamawiający

musi uwzględniać zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Aby więc zamówienie dodatkowe miało walor niezbędnego nie wystarczy, że zmiana jest funkcjonalnie powiązana z zamówieniem podstawowym, czy tym bardziej w sposób luźny łączy się z zamówieniem podstawowym. Zmiana powinna służyć realizacji celu zamówienia, w tym przypadku stadionu o pojemności 4 500 miejsc siedzących z dwoma trybunami stałymi oraz jedną tymczasową zgodnie z koncepcją przyjętą w PFU. W kontrolowanym przypadku zmiany Umowy wprowadzone Aneksem nr 1 zasadniczo zmieniły przedmiot Umowy. Zmiany w zakresie zasadniczych parametrów PFU powodowały zwiększenie liczby miejsc siedzących o około 3 500, a więc o około 40% oraz zmianę koncepcji dotyczącej zwiększenia liczby trybun z 2 trybun stałych do 4, tym samym przekreślały dotychczasowe, zasadnicze wymagania opisu przedmiotu Umowy oraz zamówienia podstawowego.

Tym samym Prezes UZP stwierdził, że modyfikacja Umowy w żaden sposób nie wpływała na prawidłowość wykonania zakresu usług i robót objętych zamówieniem podstawowym, a co za tym idzie obiektywnie nie była ściśle związana z zamówieniem podstawowym i niezbędnym do jego realizacji. Analiza zmian Umowy wobec zakresu zamówienia podstawowego wskazuje bowiem, że skala modyfikacji przedmiotowych, polegających na zwiększeniu liczby stałych trybun, koncepcja ich połączenia, wynikające z tego zwiększenie się pojemności stadionu, w końcu realizacja zaplecza treningowego wraz z boiskami, nie służyła wykonaniu pierwotnie określonego zamówienia, określonego w przedmiocie Umowy, ale realizacji zupełnie nowych potrzeb, wykraczających poza cele stawiane zamówieniu podstawowemu.

Na gruncie ustalonych okoliczności faktycznych Prezes UZP podniósł, że należy zakwestionować stanowisko Zamawiającego dotyczące wykładni pojęcia „niezbędności”, wedle którego każdą zmianę umowy uzasadnia „cel zamówienia”,

rozumiany jako uzyskanie przez Zamawiającego możliwości zaspokojenia swoich uzasadnionych interesów gospodarczych z wykorzystaniem zamówionego obiektu. Zamawiający upatruje bowiem spełnienie przesłanki niezbędności usług i robót dodatkowych bezpośrednio w zmianie wymagań Miasta określonych w uchwale Rady Miasta N.S. oraz Umowie Powierzenia, stanowiącej wdrożenie Uchwały, w zakresie jednego z zadań własnych, którego wykonaniu służy przedmiotowa umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający stoi więc na stanowisku, że w przypadku niedokonania zmiany Umowy w zgodzie z postanowieniami Uchwały i Umowy Powierzenia, nie zostanie osiągnięty cel zamówienia jakim jest realizacja obiektu stadionu sportowego zaspokajającego najlepiej pojęte potrzeby społeczne, a także nie zostanie zrealizowane zmienione zadanie własne Miasta, której to bezpośrednim skutkiem zmiany jest niezbędna konieczność rozszerzenia i zmiany realizowanego zadania inwestycyjnego. Taka wykładnia „niezbędności” dodatkowych usług lub robót budowlanych poprzez tak rozszerzającą interpretację „celu zamówienia” jest sprzeczna nie tylko z art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ale także z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym z zasadą przejrzystości, prowadząc w praktyce do omijania przepisów zakazujących istotnych zmian umowy w sprawie zamówienia bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Prezes UZP stwierdził, że w okolicznościach faktycznych i prawnych przedmiotowej sprawy, Zamawiający nie był uprawniony do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jako że nie ziściła się określona w nim przesłanka, aby zamówienie dodatkowe „stało się niezbędne”. Zamawiający postanowił bowiem, że zamiast dwóch naprzeciwległych trybun stałych i trzeciej trybuny tymczasowej, powstanie stadion o zamkniętej bryle, z czterema trybunami stałymi i zapleczem treningowym, co zupełnie zmienia nie

tylko ilościowo, ale i przede wszystkim jakościowo przedmiot tego zamówienia. O tym, że w istocie w wyniku zawarcia Aneksu, strony Umowy zrezygnowały z realizacji pierwotnej koncepcji obiektu stadionu, na rzecz zupełnie innej koncepcji projektowej i architektonicznej, świadczy również treść Protokołu Konieczności, w którym przywołując uzasadnienie do Uchwały, wskazano, że „konieczne stało się rozszerzenie zamówionego stadionu o dwie trybuny stałe, w których znajdują się pomieszczenia zaplecza treningowego. Istotne jest przy tym, aby owe dwie dodatkowe trybuny powstały już teraz, tj. jednocześnie z realizacją aktualnego przedmiotu zamówienia, ponieważ w przeciwnym razie boiska treningowe zostaną pozbawione zaplecza, co uniemożliwi ich eksploatację zgodnie z przeznaczeniem. Tym samym niemożliwe stało się wybudowanie w pierwszej kolejności stadionu jedynie o dwóch trybunach stałych, a następnie w przyszłości ewentualne rozbudowanie stadionu poprzez dostawienie dwóch dodatkowych trybun stałych”.

Powyższe dowodzi, że modyfikacja umowy była znaczna i faktycznie oznaczała realizację innego, w sensie funkcjonalnym i technicznym obiektu stadionu sportowego w stosunku do tego opisanego pierwotnie w Umowie, powodując po stronie Zamawiającego zwiększenie zobowiązań, związanych ze wzrostem wynagrodzenia Wykonawcy, jak również skutkując po stronie Wykonawcy, znacznym zwiększeniem świadczeń i zobowiązań m.in. w zakresie odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji za wady z tytułu realizacji większego obiektu stadionu sportowego.

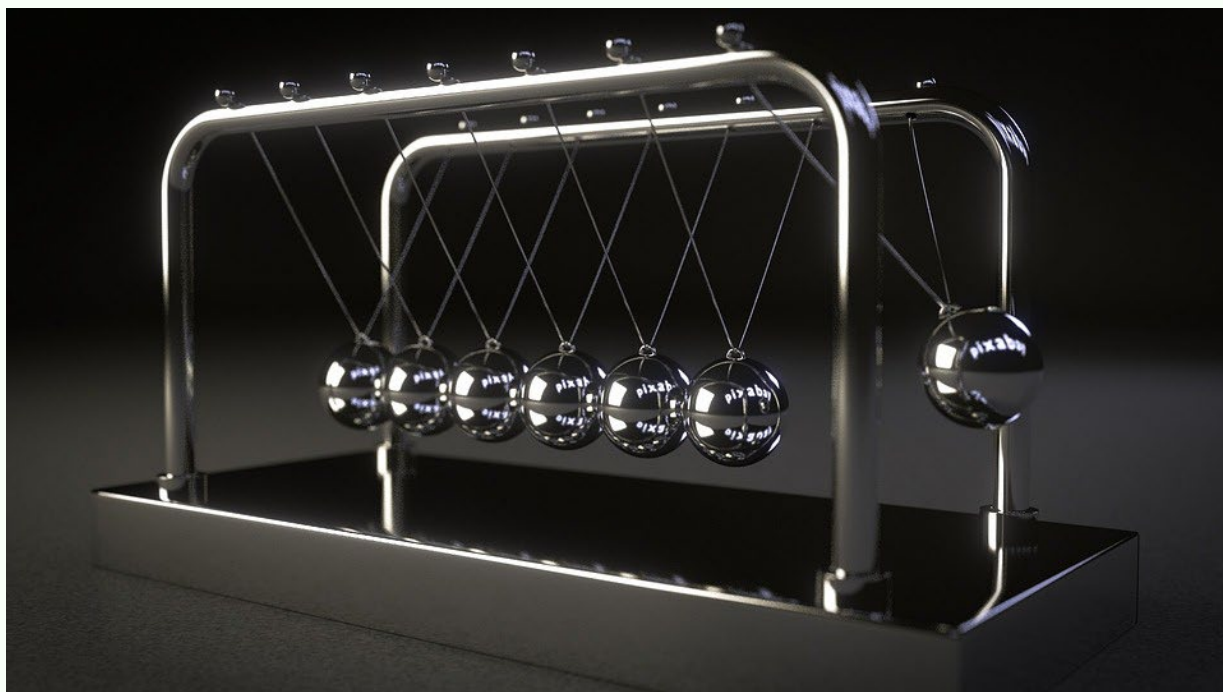
Prezes UZP podniósł także, że jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada proporcjonalności, która ze swej istoty stanowi wskazówkę interpretacyjną w przedmiocie granic dopuszczalnej zmiany zakresu przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, dokonując tak znacznego rozszerzenia przedmiotu umowy, bez istnienia obiektywnej przyczyny dokonania tych zmian, tę

zasadę naruszył. Nowa koncepcja stadionu jest bowiem zupełnie odmienna od koncepcji pierwotnie przyjętej na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym nie sposób zmieścić taką zmianę w granicach wyznaczonych zasadami prawa zamówień publicznych, realizowanymi poprzez stosowanie odpowiednich do zaistniałego stanu faktycznego norm prawnych, w tym przypadku przepisów art. 454 i 455 ustawy Pzp. Wprowadzone Aneksy zmiany Umowy znacząco rozszerzały zakres zamówienia również w sensie ilościowym na co wskazuje wzrost wynagrodzenia Wykonawcy w odniesieniu do pierwotnego wynagrodzenia określonego w Umowie. Zgodnie z pierwotną Umową, Wykonawcy przysługiwało za wykonanie jej przedmiotu wynagrodzenie w kwocie 50 670 512,00 zł brutto. W drodze zawarcia Aneksu wynagrodzenie ustalono na wysokość kwoty 75 145 523,29 zł brutto, a więc nastąpił wzrost o 48,30%.

W tym kontekście Prezes UZP wskazał, że skoro na gruncie przepisu art. 455 ust. 2 ustawy Pzp zmianami nieistotnymi (bagatelnymi), niewymagającymi przeprowadzenia nowego postępowania, są zmiany umowy, których łączna wartość jest niższa niż 15%, w przypadku zamówienia na roboty budowlane (a zmiany te

nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy), to zmianę Umowy, jak w tym wypadku, o wartości rzędu 48,3% wartości umowy pierwotnej należy uznać za istotną. Przepis art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który za istotną zmianę umowy uznaje taką, co w sposób „znaczny rozszerza zakres świadczenia”, nie odwołuje się do progu 50 % wartości pierwotnej umowy, o którym mowa w pkt 3 lit. c art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes UZP dodał, że w tym stanie - w związku z zupełną zmianą opisu przedmiotu zamówienia – doszło do wprowadzenia nowych warunków zamówienia, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to mogłyby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Wskazał także na definicję zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, w myśl której przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w zasadzie na nowo opisał przedmiot zamówienia, decydując, że nie



zamierza już realizować zadania według koncepcji stadionu o pojemności około 4 900 miejsc, lecz według nowej - zgodnie z którą ma powstać stadion o pojemności około 8 100 miejsc i zupełnie innej architekturze, w formie zamkniętej bryły. Powyższe, w myśl ww. definicji legalnej pojęcia „warunki zamówienia”, oznaczało wprowadzenie w drodze Aneksu znaczących zmian w zakresie opisu przedmiotu Umowy. Skala zmian warunków dotyczących opisu przedmiotu Umowy była na tyle znacząca, że gdyby zostały one zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy. Znacznie wyższa wartość zamówienia wprowadzonego Aneksem (61 093 921,37 zł netto wobec pierwotnie 41 195 538,20 zł netto) mogłaby skutkować, np. postawieniem proporcjonalnie wyższych warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej lub wymogiem posiadania znacznie wyższej zdolności kredytowej lub znacznie wyższej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia. Warunki udziału w postępowaniu natomiast niewątpliwie kształtuje krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W stanie faktycznym niewątpliwym jest, że Aneks, w tym zmieniony PFU, wprowadził do pierwotnej Umowy postanowienia cechujące się „zauważalną odmiennością treściową”, nie tylko znacząco rozszerzając zakres świadczeń pierwotnej Umowy w zakresie najistotniejszych, podstawowych parametrów charakteryzujących wielkość obiektu i zakres robót budowlanych, jakim są: pojemność stadionu sportowego, liczba trybun stałych, wysokość wynagrodzenia, lecz wręcz redefiniując przedmiot Umowy, w sensie także architektonicznym. Dlatego nie sposób uznać, że zmiany te nie stanowią wyniku renegocjacji Umowy.

Reasumując Prezes UZP wskazał, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia o budowę dodatkowych trybun stałych wraz z zapleczem treningowym nie stanowi zamówienia

dotkowego w rozumieniu przepisów art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ cel rozbudowy stadionu nie służył osiągnięciu zamierzenia zawartego w opisie przedmiotu zamówienia. Postępowanie Zamawiającego oznacza, że Zamawiający nie tylko znacznie zmienił zakres zamówienia, ale w rzeczywistości również cel zamówienia podstawowego, jakim była budowa stadionu o pojemności ok 4900 widzów. Zmiana umowy była zmianą istotną, a więc niedopuszczalną w świetle art. 454 oraz 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym wskazał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 454 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany Umowy, która to zmiana stanowi istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp, i jednocześnie nie znajduje oparcia w przepisach w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, Prezes UZP uznał również, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie obejmującym usługi i roboty budowlane, określone w Aneksie nr 1, w wyniku przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 7 lutego 2023 r., KIO/KD 2/23 uznała stanowisko Prezesa UZP za uzasadnione.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w niniejszym stanie faktycznym podstawą zmiany Umowy był art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego polegających na rozszerzeniu ich zakresu rzeczowego przez zlecenie realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych. Ustawa nie określa przy tym żadnych ograniczeń rodzajowych odnoszących się do przedmiotu samej zmiany, a więc zakresu rzeczowego zamówienia dodatkowego. Może nim być więc objęte jakiekolwiek świadczenie

nieobjęte przedmiotem pierwotnie udzielonego zamówienia, o ile stało się one niezbędne. Jednak ani ustawa Pzp, ani dyrektywa nie precyzują na czym ma polegać niezbędność zamówienia dodatkowego. Niezbędność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna być zatem interpretowana funkcjonalnie jako zaistnienie stanu faktycznego rodzącego konieczność zlecenia dodatkowego zakresu rzeczowego, który nie był objęty przedmiotem pierwotnego zamówienia. Chodzi o wykonanie prac, które są konieczne dla uzyskania świadczenia zgodnego z potrzebami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania dotyczącego realizacji zadania podstawowego.

Niezbędność zlecenia przez Zamawiającego zamówienia dodatkowego musi mieć więc związek z realizowanym zamówieniem podstawowym. Przepis stanowi bowiem o „zamówieniach dodatkowych, które stały się niezbędne, co zdaje się przesądzać o tym, że posiadanie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego wiedzy na temat zakresu rzeczowego niezbędnego do zlecenia uchyla możliwość zastosowania tej przesłanki. W takim przypadku zamawiający powinien niezbędny zakres rzeczowy uczynić przedmiotem pierwotnego zamówienia”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Wł. Dzierżanowskiego, Warszawa 2021, s. 1152) Oznacza to więc, że Zamawiający, chcąc skorzystać ze zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 3 Pzp, musi wykazać nie tylko to, że dodatkowe zamówienie nie zostało uwzględnione w zamówieniu podstawowym, ale i, że jest ono niezbędne do wykonania umowy. Zamówienie dodatkowe powinno być bowiem udzielone w niezbędnym, tj. koniecznym i zarazem minimalnym zakresie, pozwalającym na wykonanie zamówienia podstawowego.

„Jeśli powierzenie dodatkowego zamówienia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego nie jest niezbędne w całości lub dającej się wyodrębnić części, zamówienie to powinno być udzielone po przeprowadzeniu

odrębnego postępowania, niezależnie od bieżącej realizacji zamówienia podstawowego. W przeciwnym razie taka zmiana umowy, będzie kwalifikowana jako mająca na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy Pzp, a zatem niedopuszczalna w rozumieniu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją M. Jaworskiej, Warszawa 2021, s. 1053). A ponieważ zarzut postawiony Zamawiającemu dotyczył jedynie niespełnienia przesłanki dotyczącej niezbędności udzielenia zamówienia dodatkowego wyłącznie w tym zakresie naruszenie wskazanego wyżej przepisu należy rozważyć.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przedmiotem wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia, a więc pierwotnym zamówieniem, było wybudowanie stadionu o pojemności 4 900 miejsc siedzących a jego celem wybudowanie stadionu o parametrach określonych przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia. Cel zamówienia określony więc został już w momencie wszczęcia postępowania i ten cel Zamawiający miał realizować. Do jego realizacji nie było więc konieczne wybudowanie dwóch dodatkowych trybun, a tym samym zwiększenie pojemności stadionu do 8 000 miejsc siedzących, stanowiących w istocie rozszerzenie zakresu świadczenia wykonawcy realizującego pierwotne zamówienie. Takie rozszerzenie musi być objęte przedmiotem odrębnego postępowania. A w tym stanie faktycznym tak się nie stało.

Miasto N.S. podjęło bowiem uchwałę, która wprowadzała zmianę zakresu przedmiotowego powierzonych Spółce (Zamawiającemu) zadań własnych, wskazując, że jedno z powierzonych zadań własnych obejmuje budowę stadionu sportowego o pojemności co najmniej 8 000 miejsc siedzących dla widzów i czterech stałych trybunach wraz z zapleczem treningowym. (...) Zmiana ta podyktowana była zmianą planowanego zagospodarowania terenu pozostałej części nieruchomości (boiska treningowe zamiast budynku administracyjnego) i koniecznością stworzenia pomieszczeń

zaplecza treningowego, a co w konsekwencji miało spowodować, że stadion będzie w pełni spełniał swoją podstawową funkcję, tj. zaspokajał potrzeby sportowe społeczności lokalnej. Uchwała ta nie stanowiła jednak i nie może stanowić podstawy do stwierdzenia wystąpienia niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego w trakcie realizacji zamówienia. Uchwała ta, co jest bezsporne, wprowadzała zmianę zakresu przedmiotowego zadania obejmującego budowę stadionu sportowego. Zamawiający zobowiązany był do jej wykonania a sposób wykonania powinien być zgodny z przepisami ustawy Pzp.

Tymczasem zmiana umowy dokonana przez Zamawiającego i polegająca na zwiększeniu liczby stałych trybun, koncepcji ich połączenia, a co za tym idzie zwiększenie ilości miejsc na stadionie z zapleczem treningowym oraz boiskami, nie służyła wykonaniu pierwotnie określonego zamówienia, ale realizacji potrzeb na nowo zdefiniowanych w uchwale Rady Miasta N.S., wykraczających istotnie poza cele stawiane zamówieniu podstawowemu, prowadząc w konsekwencji do udzielenia innego zamówienia.

Zamawiający cel zamówienia określił bowiem w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, mając na uwadze opracowaną analizę potrzeb i wymagań, według której potrzebą i celem zamówienia była realizacja zamówienia obejmującego budowę stadionu sportowego na około 4 900 miejsc siedzących, tj. 4500 zadaszonych indywidualnych miejsc siedzących dla widzów oraz minimum 360 miejsc przeznaczonych dla kibiców drużyny gości. Cel ten następnie powtórzył w wymaganiach składających się na opis przedmiotu zamówienia. Tak więc celem wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było wybudowanie stadionu o parametrach wskazanych w dokumentach zamówienia, którego nie można łączyć zarówno z celami jakie postawiono powołanej przez Miasto N.S., jak i zadaniami własnymi Miasta jako jednostki samorządu terytorialnego. Podjęcie przez Miasto uchwały

zmieniającej zakres powierzonych spółce zadań oznacza li tylko, że zmianie uległ cel działania spółki a nie cel zamówienia, który został sprecyzowany w dokumentach zamówienia. Okoliczność, że Miasto N.S. dokonało zmiany w zakresie tego, w jaki sposób Spółka ma zrealizować zadanie własne miasta, tj. poprzez budowę stadionu o większej pojemności, nie może stanowić o obiektywnej niezbędności wykonania zamówienia dodatkowego w celu realizacji przedmiotu zamówienia podstawowego. Postanowienia takiej uchwały nie mają bowiem wpływu na stosowanie przepisów ustawy Pzp dotyczących procesu udzielania zamówień publicznego, jak i dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia. Zmiana celu działania Spółki nie oznacza, że zmianie uległ także określony w dokumentach zamówienia cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel postępowania nie uległ zmianie. Zmiana dokonana w dniu 15 lutego 2022 r. nie stanowi więc podstawy do dokonania zmian umowy w taki sposób w jaki uczynił to Zamawiający. Zmiana Umowy w drodze Aneksu nr 1 w istocie stanowiła nowe zamówienie i jako taka wymagała przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel umowy był bowiem określony i zgodny z przedmiotem zamówienia określonym w dokumentach pierwotnego zamówienia.

Także wskazywana przez Zamawiającego zmiana oczekiwań społecznych nie stanowi niezbędności uzasadniającej zastosowanie art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Potrzeba polegająca na realizacji 4 trybun stałych, o łącznej pojemności minimum 8 000 miejsc siedzących, była Zamawiającemu znana już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a więc nie stała się „niezbędna” w trakcie realizacji zamówienia. Niezbędność budowy większego stadionu - jak słusznie wskazał Prezes UZP - istniała obiektywnie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i uzasadniana była właśnie społeczną potrzebą. Ta potrzeba mogła być więc

już wówczas zdefiniowana. pojemność stadionu na 4 900 miejsc została określona przez zespół zadaniowy, w skład, którego wchodził także przedstawiciel Zamawiającego, gdyż Uchwała nie określała pojemności stadionu. Tak więc społeczna potrzeba budowy stadionu istniała przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i była Zamawiającemu znana. (...)

Niezbędności w rozumieniu art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie można jednak łączyć ze zmianą wymagań Miasta określonych w uchwale Rady Miasta N.S. oraz Umowie Powierzenia, stanowiącej wdrożenie Uchwały, w zakresie jednego z zadań własnych. Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania tego przepisu. Umowa wynikająca z udzielonego zamówienia mogła być zrealizowana jednak z prawidłowym zastosowaniem przepisów ustawy Pzp, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca. To Zamawiający określa bowiem opis przedmiotu zamówienia, a tym samym definiuje potrzeby jakie zaspakajać ma to zamówienie i za pomocą jakich środków. Wszystko to podlega konkretyzacji przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, na etapie jego przygotowywania, nie zaś na etapie wykonawstwa, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. To Zamawiający ustala, dysponując określoną wiedzą, w tym także w zakresie uzasadnionych potrzeb, opis przedmiotu zamówienia obejmował stadion o pojemności 4900 miejsc. Późniejsza decyzja Miasta uzewnętrzniona w treści podjętej uchwały, a więc już w okresie realizacji umowy zamówienia pierwotnego, nie może zmieniać przedmiotu zamówienia. Takie okoliczności jak ta istotna zmiana zakresu zamówienia powinna być uwzględniona już w trakcie przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można bowiem – jak słusznie wskazał Prezes UZP - skorzystać z przesłanki niezbędności, skoro stan niezbędności istniał już wcześniej.

Także powoływana przez Zamawiającego okoliczność, że jedynie zrealizowanie wymagań postawionych mu w uchwale Miasta N.S., a tym

samym większa funkcjonalność realizowanego stadionu (większa ilość trybun i miejsc siedzących), pozwoliłaby Zamawiającemu na otrzymanie należytej rekompensaty od właściciela, ponieważ rekompensata przysługuje za prawidłową, tj. zgodną z wymaganiami, realizację zadania własnego nie spełnia przesłanki niezbędności. Wybudowanie stadionu o mniejszej pojemności było zgodne z celem pierwotnej umowy, zaś jej przedmiotowe rozszerzenie dotyczyło de facto nowego celu i stanowiło tym samym odrębne zamówienie. Tak więc wymaganą funkcjonalność inwestycji należało uwzględnić w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego. Jeśli na tym etapie (zamówienia podstawowego) takiej możliwości nie było wymóg ten należało uzyskać poprzez prawidłowe zastosowanie przepisów Pzp.

W tym stanie faktycznym Zamawiający niejako na nowo opisał przedmiot zamówienia, uznając, że nie zamierza już realizować zadania według koncepcji stadionu o pojemności około 4 900 miejsc, lecz według nowej - zgodnie z którą ma powstać stadion o pojemności około 8 100 miejsc i zupełnie innej architekturze, w formie zamkniętej bryły. Stąd Aneks nr 1 wprowadzający istotną zmianę w opisie przedmiotu Umowy. Skala zmian warunków dotyczących opisu przedmiotu Umowy a także znacznie wyższa wartość zamówienia wprowadzonego Aneksem (61 093 921,37 zł netto wobec pierwotnie 41 195 538,20 zł netto) mogłyby skutkować szerszym kręgiem wykonawców, którzy potencjalnie mogliby być zainteresowani udziałem w tym postępowaniu i ubieganiem się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wprowadzona zmiana stanowiła zmianę istotną w rozumieniu przepisu art. 454 ustawy Pzp i była niedopuszczalna w świetle przepisów art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym naruszała przepis art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Źródło: www.uzp.gov.pl

POZORNA WALORYZACJA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

DOŚWIADCZENIE KIEROWNIKA BUDOWY LUB KIEROWNIKA ROBÓT JEST
DOŚWIADCZENIEM W REALIZACJI INWESTYCJI, A WIĘC JEJ WYKONANIU,
NATOMIAST DOŚWIADCZENIE INSPEKTORA NADZORU JEST DOŚWIADCZENIEM W
NADZORZE I KONTROLI JEJ WYKONANIA

W projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający wprowadził maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, przy czym poziom ten został ustalony na poziomie 1% (słownie: jeden procent) wartości brutto robót objętych niniejszą umową.

Zdaniem Odwołującego „Takie sformułowanie maksymalnego poziomu zmiany wynagrodzenia należy uznać za pozorne i nie odpowiadające wymogom stawianym klauzuli waloryzacyjnej opisanej w art. 439 ustawy Pzp. Maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia w praktyce wyłącza stosowanie waloryzacji, zamiast prowadzić do sytuacji podziału ryzyka wzrostu cen, co pozostaje szczególnie istotne w obecnych realiach rynkowych. Klauzula w brzmieniu ustanowionym obecnie przez Zamawiającego wprowadza brak możliwości realnej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, tym samym prowadząc do wyłączenia ze stosowania waloryzacji.”

W opinii Odwołującego wprowadzone w przepisie art. 439 ustawy Pzp ogólne zasady redakcji klauzul waloryzacyjnych nie mogą być przez Zamawiającego odczytywane w ten sposób, że wyznaczenie jakiegokolwiek poziomu maksymalnego wzrostu wynagrodzenia będzie stanowiło ich prawidłowa i rzetelna realizację. Sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej powinno uwzględniać interesy Zamawiającego, jednak nie powinno prowadzić do przerzucenia całego ryzyka na Wykonawcę, w tym przez wyłączenie

możliwości realnej zmiany wysokości wynagrodzenia.

W zakresie tego zarzutu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „przyjęty przez Zamawiającego limit zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji jest tak niski, że w rzeczywistości oznacza obejście art. 439 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający nie podjął choćby próby wykazania, że dopuszczenie zmian wynagrodzenia w wysokości nie przekraczającej 1% w sposób należyty zabezpiecza wykonawcę zadania na wypadek wystąpienia zmian wskazanych w art. 439 ust. 1 Pzp.

Twierdzenie Zamawiającego, że obecna sytuacja rynkowa ustabilizowała się, ponieważ inflacja utrzymuje się na stałym poziomie, a fakt wojny na Ukrainie jest powszechnie znany wykonawcom potraktować można co najwyżej humorystycznie. Wskazane przez Zamawiającego fakty to dwa główne czynniki destabilizujące rynek.

Zamawiający nie wziął również pod uwagę, że efektem wysokiego poziomu inflacji jest nie tylko wzrost cen określonych materiałów, ale również istotne i nieprzewidywalne wahania tych cen.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przyjęty przez Zamawiającego limit waloryzacji wynagrodzenia jest rażąco niewystarczający. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła więc zarzut i nakazała podwyższenie tego limitu do poziomu 20%.

O ile Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego żąda podwyższenia limitu waloryzacji wynagrodzeń właśnie do 20%, to w ocenie Krajowej Izby

Odwoławczej poziom taki jest rozsądny w świetle zasad doświadczenia życiowego, a także uwzględnia aktualny poziom inflacji i jej możliwy wpływ na koszt realizacji zamówienia w zakładanym przez Zamawiającego okresie.

Wyrok z dnia 31 stycznia 2023 r., KIO 133/23

Źródło: www.uzp.gov.pl



UTRATA ZWOLNIENIA Z PODATKU VAT A BŁĄD W OBLICZENIU CENY

Z WYLICZEŃ ZAMAWIAJĄCEGO WYNIKAŁO, ŻE SUMUJĄC CENĘ JEDYNIE ZA CZĘŚĆ 1 ORAZ CZĘŚĆ 2 ZAMÓWIENIA, NIE WLICZAJĄC ZAWARTYCH KONTRAKTÓW NA 2023 R. Z INNYMI ZAMAWIAJĄCYMI PUBLICZNYMI - INFORMACJE DOSTĘPNE W BIULETYNIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ORAZ NA STRONACH ZAMAWIAJĄCYCH PUBLICZNYCH, WYKONAWCA PRZEKRACZA KWOTĘ ZWOLNIENIA O PONAD 30 000 ZŁOTYCH.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, podczas gdy oferta jest prawidłowo skalkulowana, w sposób podany przez Zamawiającego w SWZ i zawiera właściwą stawkę oraz wartość podatku.

W SWZ Zamawiający podał wytyczne co do sposobu obliczenia ceny. Wymagał podania w formularzu ofertowym ceny całkowitej brutto dla części zamówienia, na które składana jest oferta. Wskazał również, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i obowiązkiem wykonawcy jest ustalenie stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami prawnymi (rozdział 20 punkt 6 SWZ). Ponadto, zgodnie z rozdziałem 20 punkt 9 SWZ ceny/wartości brutto podane w formularzach cenowych powinny zostać wyliczone z uwzględnieniem stawki i kwoty podatku VAT określonej zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert przepisami prawa. W formularzu oferty (Załącznik nr 2 do SWZ) należało podać cenę całkowitą w wysokości brutto kwotowo i słownie (za każdą część osobno).

Zamawiający wymagał również złożenia Formularza cenowego dla każdej z części (Załącznik 2aA i 2aB), w którym należało podać cenę za każdy miesiąc realizacji usługi w oparciu o liczbę godzin, z rozbiciem na cenę jednostkową (zł/h), wartość netto (zł), podatek VAT: stawka (%) i wartość (zł) oraz wartość brutto.

W obu Formularzach wskazano, iż wykonawca korzysta ze zwolnienia z podatku VAT:

„Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o VAT)”.

W dniu 25 listopada 2022 r. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie do podstaw zwolnienia i niezastosowania podatku VAT.

Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia:

„Wykonawców - jako spółdzielnie socjalne - obowiązuje ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych. Zgodnie z tym aktem prawnym spółdzielnie socjalne mogą tworzyć konsorcjum spółdzielcze (art. 15b ust. 1). Jest to jedyne, nazwane wprost przez ustawodawcę, formalne konsorcjum. Przewidziane jest wyłącznie dla tej formy prawnej. Zgodnie z art. 15 ust. 5 ustawy, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą do konsorcjum spółdzielczego stosuje się przepisy o spółce, o której mowa w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740). Spółki cywilne są odrębnym podmiotem na gruncie prawa podatkowego od tworzących je podmiotów. Spółka cywilna jest zwolniona z podatku podmiotowo, zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o VAT. Zwolnienie będzie obowiązywało w całym okresie trwania zamówienia. W przypadku utracenia zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, kolejne rozliczenia będą przebiegały z uwzględnieniem tego podatku przy niezmiennej cenie brutto. Zgodnie z aktualnym stanem faktycznym złożono ofertę z uwzględnieniem zwolnienia, z którego Wykonawca ma prawo korzystać i wykorzystać je w pełni. Na wypadek jego utracenia (wykorzystania), Wykonawca będzie uwzględniał podatek w swoich fakturach, ale dopiero od chwili, kiedy będzie to tego zobowiązany. Nie ma to dla Zamawiającego znaczenia ekonomicznego, gdyż rozliczeń i oceny ofert dokonuje się jako kwot brutto, które nie ulegną zmianie w żadnym przypadku.

Inna interpretacja powodowałaby odgórną konieczność rezygnacji z przysługującego zwolnienia podmiotowego od podatku - od całej kwoty wynagrodzenia, co nie byłoby

nieprawidłowe. Podsumowując, cena oferty brutto jest stała i niezmienna dla całego zamówienia".

W dniu 29 listopada 2022 r. Zamawiający ponownie wezwał do wyjaśnień dotyczących Formularza oferty:

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił:

„(...) odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 29 listopada 2022 r. (sprawa TT-28-04/2022), uprzejmie informuje, że kwestia zwolnienia podmiotowego z podatku VAT została wyjaśniona w ofercie oraz piśmie z dnia 27 listopada 2022 r. Nadto, biorąc pod uwagę treść pisma wskazuje się, że przekroczenie zwolnienia podmiotowego nastąpi prawdopodobnie (nie jest to jednak pewne) dopiero w listopadzie 2023 r., a nie już w listopadzie 2022 r., jak wskazał Zamawiający. Jest to istotne od kwot faktur wystawianych Zamawiającemu i ich dat. W ramach konsorcjum spółdzielczego przychód będzie następował z działalności na rzecz Zamawiającego, gdyż celem konsorcjum jest współpraca i wspólna reintegracja społeczna i zawodowa skierowanych do usługi pracowników przy połączeniu wspólnych zasobów przedsiębiorstw. Ponownie wskazujemy, że cena oferty brutto jest stała i niezmienna dla całego zamówienia. W przypadku ewentualnego przekroczenia przychodów i rejestracji do podatku VAT usługa będzie objęta stawką 23% VAT.”

W dniu 14 grudnia 2022 r. Odwołujący otrzymał informację o ponownym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych na część 1 i część 2 zamówienia, zaś 22 grudnia 2022 r. zawiadomienie o wyborze oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w części 1 i 2.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia przyjął art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - błąd w obliczeniu ceny.

Uzasadnienie odrzucenia ofert Zamawiającego sprowadzało się do uznania, że skoro w trakcie wykonywania umowy może nastąpić przekroczenie progu określonego w art. 113 ustawy o VAT i wykonawca będzie zobligowany wystawiać faktury ze stawką podstawową VAT 23%, to wystąpił błąd w obliczeniu ceny powodujący nieporównywalność ofert.

W uzasadnieniu Zamawiający podał:

„Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, zgodnie z postanowieniami SWZ, mieli obowiązek na potwierdzenie zaoferowanej ceny wraz z ofertą

złożyć Formularz cenowy. Zamawiający dla części 2 zamówienia narzucił wzór kalkulacji cenowej przedstawiony w załączniku nr 2aB do SWZ. Zgodnie z nim Wykonawcy między innymi mieli obowiązek wyliczenia wartości netto, wartości podatku VAT oraz wartości brutto dla poszczególnych miesięcy 2023 r., a suma tych wartości stanowiła cenę całkowitą oferty.

Zamawiający na etapie badania oferty Konsorcjum, a w szczególności Formularza cenowego, powziął wątpliwość, czy Wykonawca właściwie zastosował podmiotowe zwolnienie z podatku VAT dla wszystkich 12 miesięcy. Z wyliczeń Zamawiającego wynikało, że sumując cenę jedynie za część 1 i część 2 zamówienia (nie wliczając zawartych kontraktów na 2023 r. z innymi zamawiającymi publicznymi - informacje dostępne w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronach zamawiających publicznych), Wykonawca przekracza kwotę zwolnienia o ponad 30 000 złotych. W związku z tym zwrócił się do Konsorcjum dwukrotnie (25 listopada 2022 r., i 29 listopada 2022 r.) o złożenie wyjaśnień w zakresie zastosowania zwolnienia.

W drugim wezwaniu Zamawiający wprost zażądał, aby Konsorcjum wskazało cyt.: w którym czasie nastąpi utrata "zwolnienia z podatku VAT" przez Konsorcjum - od kiedy zostanie naliczany podatek VAT i w jakiej stawce. Wykonawca pomimo dwukrotnego wezwania udzielał wymijających, niejednoznacznych odpowiedzi informujących, że zwolnienie podatkowe powinno obejmować cały okres realizacji zamówienia jednocześnie wskazując, że cyt. W przypadku ewentualnego przekroczenia przychodów i rejestracji do podatku VAT usługa będzie objęta stawką 23% VAT. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, iż przewiduje on utratę zwolnienia w trakcie realizacji zamówienia i będzie zobowiązany do wystawiania faktur z podatkiem VAT ze stawką 23%, a to oznacza, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, Taką wiedzę posiadał wyłącznie Wykonawca i to on był zobligowany przygotować ofertę z uwzględnieniem, kiedy wg jego wiedzy nastąpi konieczność naliczenia podatku VAT, którą już w tym momencie Wykonawca przewiduje.

Zamawiający po dogłębnym przeanalizowaniu oferty, wyjaśnień Konsorcjum oraz informacji o zawartych kontraktach z innymi zamawiającymi publicznymi stwierdził, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, który powoduje niemożliwość porównania jej z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Cena ofertowa powinna być ustalona przez

wykonawców w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców. Możliwość porównania ofert przez Zamawiającego, zwłaszcza dzięki zastosowaniu przez wykonawców jednakowego sposobu obliczania ceny ofertowej (zastosowanie wzoru Formularza cenowego), stanowi podstawę prawidłowej merytorycznej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu, należy zwrócić uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11), który wskazał, że o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł.

Ponadto, Sąd Najwyższy wskazał, iż określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki.

Odnosząc się do powyższego Zamawiający informuje, że oferta złożona przez Konsorcjum została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny."

Odwołujący podał, że nie zgadza się z takim stanowiskiem Zamawiającego.

Swoje stanowisko Odwołujący uzasadnił następująco:

„Zgodnie z rozdziałem 20 punkt 9 SWZ ceny/wartości brutto podane w formularzach cenowych powinny zostać wyliczone z uwzględnieniem stawki i kwoty podatku VAT określonej zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert przepisami prawa. Na dzień składania ofert Konsorcjum korzysta ze zwolnienia przewidzianego w art. 113 ustawy o VAT, stąd właściwym było zadeklarowanie zwolnienia z VAT. Zgodnie z art. 41 ustawy o VAT 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. Nie byłoby więc prawidłowe ze strony Konsorcjum przyjęcie stawki VAT 23% już na dzień składania ofert.

Zamawiający wymagał podania ceny ofertowej brutto, bez wskazywania stawki VAT w Formularzu oferty, który służył do porównania złożonych ofert. Formularz cenowy, składany jako załącznik do oferty, zgodnie z § 7 Projektowanych postanowień umowy służyć miał w celach rozliczenia płatności częściowej za każdy miesiąc realizacji usługi. Wyliczona w Formularzu cenowym wartość brutto miała zostać przeniesiona do Formularza ofertowego i podlegać porównaniu.

SO w Warszawie podał, w sprawie o sygnaturze XXIII Zs 79/22, Zamawiający decydując się odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp powinien być w stanie wykazać, że oferta wykonawcy w istocie zawierała błąd w obliczeniu ceny - tj., że przyjęta przez wykonawcę stawka podatku VAT, była nieprawidłowa (...). Odrzucenie oferty możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy błąd w obliczeniu ceny stwierdzono w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Decyzja ta nie może być oparta wyłącznie o subiektywne przekonanie Zamawiającego, co do właściwej do zastosowania stawki podatku VAT, lecz winna mieć podstawy prawne oraz faktyczne. Uzasadnienie tej decyzji powinno w szczególności prezentować analizę przepisów prawnopodatkowych w odniesieniu do ukształtowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia postanowień opisu przedmiotu zamówienia. To opis przedmiotu zamówienia determinuje bowiem co do zasady okoliczność, jaką stawkę VAT powinni przyjąć wykonawcy kalkulując cenę oferty.

Odwołujący odnosząc się do powyższego podał, nie można uznać, że Konsorcjum nieprawidłowo ustaliło stawkę podatku VAT. W świetle konsekwentnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, z błędem w obliczeniu ceny mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i owego błędu nie można poprawić. Jeżeli zaś wykonawca złożył ofertę z prawidłowo ustaloną stawką VAT, obowiązującą w dniu jej złożenia, zapewniając w wyjaśnieniach, że oferowana cena jest całkowitym obciążeniem Zamawiającego, to nie można powyższego traktować w kategorii błędu w obliczeniu ceny. Gdyby przyjąć logikę rozumowania Zamawiającego, to Wykonawca, któremu przysługuje podatkowe zwolnienie podmiotowe, aprobeowane wręcz przez ustawodawcę, w sytuacji przewidywalnego wynagrodzenia, które być może w przyszłości przekroczy kwotowy próg zwolnienia podatkowego, musiałby odgórnie z niego

zrezygnować, na etapie składania oferty, z takiego powodu, że być może w przyszłości przekroczy ten limit. Wówczas nie mógłby z niego w ogóle skorzystać, na zasadach przewidzianych ustawowo, dostępnych dla każdego przedsiębiorcy. Wykonawca, swoimi wyjaśnieniami potwierdził, że zna przepisy podatkowe, a cenę oferty wyliczył świadomie oraz zapewnił, że nie ulegnie ona zmianie. Na marginesie, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w swoich wezwaniach do wyjaśnień nie żądał udzielania skonkretyzowanej informacji na temat podmiotu/podmiotów fakturujących usługę na rzecz Zamawiającego lub przedstawienia zasad, w jakich częściach każdych z członków konsorcjum będzie rozliczał usługę. Nie jest też znana Zamawiającemu sytuacja podatkowoprawna tzn. status VAT każdego z podmiotów tworzących Konsorcjum według stanu na rok podatkowy wykonania usługi.

Skoro Zamawiający, mimo jednoznacznego zapisu w rozdziale 20 punkt 9 przyjmuje jednak do analizy przyszły stan prawny (np. przekroczenie limitu kwotowego zwolnienia podmiotowego dopiero w ostatnim miesiącu świadczenia usługi) to także powinien był analogicznie uwzględnić, że spółdzielnie tworzące Konsorcjum, jako podmioty również uprawnione do składania faktur, mogą być zwolnione podmiotowo z VAT, z powodu nieprzekroczenia limitu zwolnienia w roku poprzednim (dla roku 2023 rokiem poprzednim będzie rok 2022).

Zamawiający nie uwzględnił ponadto, że przy realizacji wielu zamówień na rynku występują sytuacje, gdzie składając ofertę wykonawcy są początkowo zwolnieni podmiotowo z podatku VAT, ale biorąc pod uwagę inne przychody, podczas realizacji zamówienia dochodzi do zmiany statusu VAT. Wówczas wykonawca, jako podatnik czynny, rozpoczyna doliczanie podatku do faktur za świadczone usługi, bez zmiany ceny brutto, stanowiącej stałe, umówione wynagrodzenie.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie uznając, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Część 1 i Część 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, iż z akt sprawy jednoznacznie wynika, że dla każdego Zadania tj. dla Części 1 i Części 2 Odwołujący zastosował w Formularzu cenowym zwolnienie z VAT przy kalkulacji całości ceny

oferty dla danego Zadania podając w zakresie każdego zadania „Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o VAT)”.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że na podstawie art. 15b ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych, spółdzielnie socjalne mogą tworzyć konsorcjum spółdzielcze w formie umowy w celu:

- 1) zwiększenia potencjału ekonomicznego i społecznego zrzeszonych spółdzielni socjalnych lub
- 2) wspólnego organizowania sieci produkcji, handlu lub usług, lub
- 3) organizowania wspólnej promocji działań spółdzielczych lub ekonomicznych, lub
- 4) promocji wspólnego znaku towarowego, o którym mowa w ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2020 r. poz. 286, 288).

Jednocześnie - co ma znaczenie dla tego postępowania odwoławczego, a co zostało pominięte przez Odwołującego - konsorcjum spółdzielcze może ubiegać się o udzielenie zamówienia na zasadzie wspólnego występowania w zamówieniach publicznych oraz zapytaniach ofertowych, do których nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (art. 15b ust. 2 ustawy o spółdzielniach socjalnych). Powyższy przepis jednoznacznie wskazuje w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych, konsorcjum spółdzielcze może ubiegać się o udzielenie zamówienia na „zasadzie wspólnego występowania”. Zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jest to praktyka znana z Prawa zamówień publicznych również w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje prawne ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo

zamówień publicznych, a w doktrynie i orzecznictwie ugruntowane są stanowiska w tym zakresie, które pozostają aktualne również obecnie. Zgodnie z ustawą wspólne ubieganie się o zamówienie polega na łączeniu się wykonawców w grupy w celu złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zestawiając powyższe przepisy należy jednoznacznie wskazać, że konsorcjum spółdzielcze to na kanwie zamówień publicznych nic innego jak wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie, dla których prawodawca zgodnie z ustawą Pzp nie wymaga żadnej szczególnej formy prawnej. Więcej, Zamawiający nie może narzucić wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie jakiejś konkretnej formy prawnej, także konsorcjum spółdzielczemu. Jednocześnie należy wskazać, że regulacja konsorcjum spółdzielczego nie przenosi się automatycznie na kanwę zamówień publicznych, bowiem odniesienie do możliwości wspólnego występowania o zamówienie statuuje obowiązek postępowania zgodnie z regulacją ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że z przepisów wynika, że konsorcjum spółdzielcze tworzy spółkę cywilną *ex lege*. Z przepisów nie wynika w żaden sposób, że konsorcjum spółdzielcze stanowi spółkę cywilną, bowiem w art. 15b ust. 4 ustawy o spółdzielniach socjalnych wskazano, że w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą do konsorcjum spółdzielczego stosuje się przepisy o spółce, o której mowa w Kodeksie cywilnym. Tym samym, do konsorcjum spółdzielczego stosuje się przepisy o spółce cywilnej, ale samo konsorcjum spółdzielcze nie staje się przez to spółką cywilną. Na potrzeby zamówień publicznych konsorcjum spółdzielcze, zgodnie z art. 15b ust. 2 ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, to wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Natomiast forma jaką przyjmą na potrzeby złożenia oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika

jedynie z woli tych podmiotów (por. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 czerwca 2021 r., III CSKP 75/21).

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego jakoby konsorcjum spółdzielcze, które złożyło ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Części 1 i Części 2 jako spółka cywilna, Krajowa Izba Odwoławcza argumentację tę uznaje za niezasadną oraz niezgodną ze stanem faktycznym wynikającym z treści złożonej oferty.

Po pierwsze, zgodnie z art. 860 k.c. umowa spółki powinna być stwierdzona pismem (§ 2) - w odpowiedzi na pytanie o umowę spółki pełnomocnik Odwołującego oświadczyła, że do tego postępowania nie ma zawartej umowy spółki cywilnej na piśmie. Z punktu widzenia przepisów prawa cywilnego jedynym wymogiem utworzenia spółki cywilnej jest zawarcie umowy spółki (...) Umowa spółki cywilnej powinna być sporządzona na piśmie, przy czym jest to forma zastrzeżona dla celów dowodowych. (...) w przypadku, gdy choćby jedną ze stron umowy spółki cywilnej ma być podmiot podlegający wpisowi do KRS, to z uwagi na brzmienie art. 45 ust. 7 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (...) mamy tu do czynienia ze szczególnym przypadkiem, w którym przepis ustawy publicznoprawnej (KRS) *de facto* modyfikuje zasadę przewidzianą w ustawie prywatnoprawnej (k.c.) przez wprowadzenie bezwzględnego wymogu dochowania formy pisemnej dla wskazanych umów spółki cywilnej. (...).

W rozpoznawanym przypadku spółdzielnie socjalne wpisane są do KRS, tym samym umowa spółki cywilnej powinna być stwierdzona na piśmie.

Po drugie, zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, przedsiębiorca, który zgłasza do Rejestru okoliczność zawarcia umowy spółki cywilnej, składa do akt rejestrowych odpis umowy spółki. O zmianach umowy przedsiębiorca jest obowiązany zawiadomić sąd

rejestrów oraz złożyć do akt rejestrowych tekst jednolity tej umowy. Natomiast w wyciągach z KRS obu spółdzielni socjalnych składających wspólnie ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w Dziale 1 Rubryka 1 pkt 5 podano, że „przedsiębiorca nie prowadzi działalności gospodarczej z innymi podmiotami na podstawie umowy spółki cywilnej”.

Po trzecie, ustawa - Kodeks cywilny nie określa wymagań co do nazwy spółki cywilnej. W orzecnictwie podkreśla się, że konieczne jest odróżnienie spółki cywilnej od przedsiębiorstwa prowadzonego przez tę spółkę. O ile spółka cywilna powinna być oznaczona imieniem i nazwiskiem wspólników, o tyle przedsiębiorstwo przez nich prowadzone może też tak być oznaczone, ale nie musi. Przy czym wskazuje się na konieczność podania „spółka cywilna” stanowiącego wyróżnienie spółki od przedsiębiorców działających w jej ramach (por. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 marca 2003 r., V CKN 1872/00).

Z punktu widzenia podatkowego uwidocznienie brzmienia nazwisk wspólników (nazw przedsiębiorców) w nazwie spółki jest natomiast obojętne, bowiem nazwa spółki cywilnej jako podatnika nie musi uzewnętrzniać imion i nazwisk wspólników ją tworzących, bowiem dane te zawiera zgłoszenie identyfikacyjne (albo aktualizacyjne) takiej spółki. Spółka, w kontaktach z organami podatkowymi, zawsze podaje swój numer identyfikacji podatkowej (por. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 14 września 2010 r., I FSK 1443/19). Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników, spółka cywilna sama jest podatnikiem i dlatego musi posiadać własny numer NIP niezależnie od numerów identyfikacyjnych wspólników (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2008 r., VI SA/Wa 26/08 - W dziedzinie prawa podatkowego spółka cywilna z uwagi na treść art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, jako jednostka

organizacyjna nie mająca osobowości prawnej, ma podmiotowość prawną, jest podatnikiem podatku VAT i wystawia faktury VAT, jako spółka. Z tym uregulowaniem powiązane jest ściśle posiadanie przez spółkę cywilną na mocy ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji podatników i płatników, własnego numeru identyfikacji podatkowej NIP. Numer ten jest niezależny od numerów NIP każdego ze wspólników.)

Dowód nr 1 przedstawiony przez Odwołującego, dowodzi w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jedynie tylko tego, że podmioty tam wskazane w umowie zawierają „umowy spółki cywilnej”, ale nie dowodzi tego, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, którzy działają w formie spółki cywilnej. Dowód ten jednocześnie potwierdza w ocenie Izby, że Odwołujący w sposób prawidłowy dekoduje postanowienia Kodeksu cywilnego oraz znane są mu wymagania co do zawarcia umowy spółki cywilnej na piśmie oraz jej faktycznego prawidłowego określenia.

W żaden sposób nie wykazano, że oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, została złożona przez wykonawców działających w formie spółki cywilnej, a tym samym posiadającej NIP, REGON i będącej podatnikiem podatku VAT, od którego może spółka być zwolniona. Warto podkreślić, że w Formularzu oferty jakie złożył Odwołujący zostały podane nazwy wykonawców tj:



Spółeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedzibą w K. nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w K. oraz dla każdego z nich osobno został podany NIP, nie podano natomiast innego NIPu tj. dla spółki cywilnej.

Mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień przez Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że podnoszone przez wykonawcę Odwołującego zwolnienie podatkowe dla spółki cywilnej na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towaru i usług - „zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000 złotych. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku” - nie znajduje uzasadnienia, bowiem nie wykazano, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie działają w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie spółki cywilnej, która miałaby być zwolniona z VAT na podanej podstawie. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że Odwołujący w treści odwołania jak i na rozprawie swoją argumentację opiera o to, że zwolnienie z VAT wynika ze złożenia oferty przez „konsorcjum” zwanego też „wykonawcą”, a mającego działać w formie spółki cywilnej. Niemniej okoliczności te nie zostały w żaden sposób wykazane i w zasadzie z niczego nie wynikają twierdzenia Odwołującego o występowaniu w postępowaniu o zamówienie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w formie spółki cywilnej. W żaden sposób nie wynika z treści złożonej oferty, że składającym ofertę są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie działający w formie spółki cywilnej. Dodatkowo Krajowa Izba Odwoławcza dostrzegła, że Odwołujący zaprzecza sam sobie, bowiem złożył do protokołu oświadczenie za każdym razem do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum tworzy osobną spółkę cywilną, co dowodzi w ocenie Krajowej Izby

Odwoławczej, że Odwołujący nie może korzystać ze zwolnienia podatkowego na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towaru i usług, bowiem w przypadku tej spółki powołanej do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można mówić o podstawie zwolnienia wynikającej ze sprzedaży w poprzednim roku podatkowym nieprzekraczającej kwoty 200 000 zł. Tym samym, fakt podnoszenia zwolnienia podatkowego dla spółki cywilnej, jako wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu w ogóle nie zaistniał.

Zamawiający w uzasadnieniu stanowiska odrzucenia oferty Odwołującego zarazem dla Części 1 i dla Części 2 podał, że z wyjaśnień Wykonawcy wynika, iż przewiduje on utratę zwolnienia w trakcie realizacji zamówienia i będzie zobowiązany do wystawiania faktur z podatkiem VAT ze stawką 23%, a to oznacza, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Taką wiedzę posiadał wyłącznie Wykonawca i to on był zobligowany przygotować ofertę z uwzględnieniem, kiedy według jego wiedzy nastąpi konieczność naliczenia podatku VAT, którą już w tym momencie Wykonawca przewiduje. Faktem jest, że Zamawiający jakby częściowo przyjął prezentowane stanowisko co do zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, na co wskazuje brak podania przez Odwołującego w wyjaśnieniach informacji na temat upływu skuteczności zwolnienia z podatku VAT, przy czym nie wynika jednoznacznie ze stanowiska Zamawiającego, czy też odnosi to zwolnienie do zwolnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działających jako spółka cywilna czy też odnosi to do poszczególnych wykonawców, którzy razem złożyli ofertę w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający prawidłowo zidentyfikował to, że w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie podana została przez Odwołującego informacja o utracie zwolnienia, jednocześnie nie wyjaśnia w jakim dokładnie momencie ta okoliczność będzie miała

miejsce. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta nie została złożona przez wykonawców działających wspólnie w formie spółki cywilnej. Jednakże, gdyby to była spółka cywilna, i gdyby zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towaru i usług podlegała zwolnieniu (czyli działała w ubiegłym roku podatkowym), to to zwolnienie byłoby jedynie do kwoty 200 000 złotych natomiast oferta przekracza tą kwotę o około 30 000 złotych. To jednoznacznie dowodzi, że powstaje po obowiązek podatkowy. Wymaga podkreślenia, że sposób fakturowania za realizację usługi oznaczony był przez Zamawiającego, a kwota za realizację usługi dla każdego miesiąca jednoznacznie wynika z Formularza cenowego.

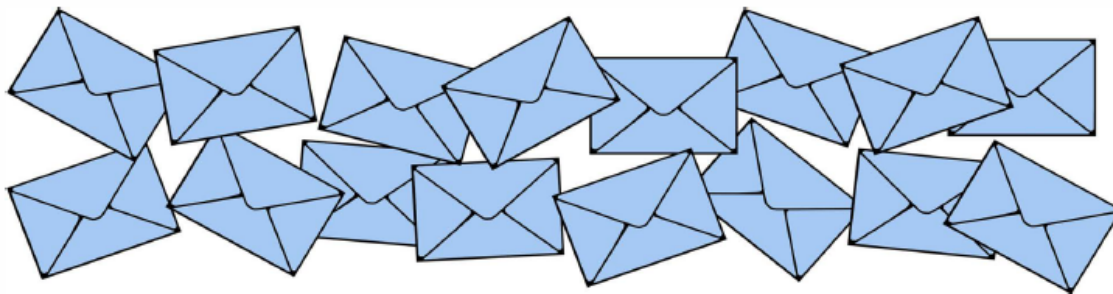
Natomiast gdyby odnosić stanowisko Zamawiającego do poszczególnych wykonawców, którzy razem złożyli ofertę w postępowaniu, czyli do każdej ze spółdzielni, to w składanych wyjaśnieniach Odwołujący nie podał jakie byłyby ewentualne sposoby rozliczania w ramach wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, w jaki sposób następowałoby fakturowanie i który podmiot, która ze spółdzielni korzystałaby ze zwolnienia i w jakim terminie i zakresie oraz czy w ogóle dana spółdzielnia mogłaby korzystać ze zwolnienia z VAT.

Odwołujący podnosił w odwołaniu brak zainteresowania Zamawiającego fakturowaniem na rzecz danej spółdzielni czyli danego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie - w ocenie Izby, po pierwsze: ponownie przeczy sam sobie Odwołujący, bowiem twierdzi, że składa ofertę jako spółka cywilna, a następnie wspomina o fakturowaniu na każdą spółdzielnię; po drugie - to po stronie Odwołującego pozostawał obowiązek wyjaśnienia Zamawiającemu okoliczności związanych ze zwolnieniem z VAT i utraceniem tego zwolnienia. Należy mieć w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej również na uwadze zawarte wcześniej umowy na realizację określonych usług przez poszczególne spółdzielnie składające wspólnie ofertę w postępowaniu - Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadne

dowody złożone przez Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego E. z siedzibą w Ch. przy piśmie, a potwierdzających przekroczenie progów kwotowych sprzedaży w 2022 r. przez spółdzielnie, a uprawniających do korzystania ze zwolnienia z VAT na podstawie art. 133 ust. 1 ustawy o podatku od towaru i usług - które dowodzą, że brak jest faktycznej podstawy do zwolnienia z VAT, a czemu w żaden sposób nie zaprzeczył Odwołujący. Więcej, przedstawionymi dowodami Zamawiający wykazał, że w roku 2022 obie spółdzielnie tj. Społeczne Przedsiębiorstwo (...) spółdzielnia socjalna z siedzibą w K. oraz Przedsiębiorstwo (...) spółdzielnia socjalna z siedzibą w K. na dzień 25 listopada 2022 r. zarejestrowane były jako podatnicy VAT - „podatnik VAT czynny” - (dowód przy piśmie Zamawiającego, dokument 8 i 9) - Izba podkreśla, że numery NIP podane w Formularzu oferty oraz w przedstawionych dokumentach są zbieżne. Takie stanowisko i dowód prezentuje też uczestnik postępowania E. z siedzibą w Ch. Oznacza powyższe, że wymienione wyżej spółdzielnie nie korzystają ze zwolnienia z podatku VAT, nie są do tego uprawnione. Dowód nr 2 przedstawiony przez Odwołującego w ocenie Izby nie odnosi się do podmiotów, które składały ofertę w postępowaniu, bowiem traktują faktury o Sprzedawcy: Przedsiębiorstwo (...) Obszar Zachód 1, Przedsiębiorstwo (...) Obszar Południe 5, Przedsiębiorstwo (...) Obszar Północ 1 - żaden z tych podmiotów nie jest wykonawcą wspólnie składającym ofertę w tym postępowaniu, a w zasadzie trudno jest określić co to za podmioty, bowiem poza fakturami nie zostały przedstawione żadne inne dokumenty.

Wyrok z dnia 11 stycznia 2023 r., KIO 3503/22

Źródło: www.uzp.gov.pl



Na pytania czytelników odpowiada Józef Edmund Nowicki

Czy niezłożenie przez wykonawcę wyjaśnień treści oferty może skutkować odrzuceniem oferty?

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń (art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp).

Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania treści oferty w sytuacji, gdy ta podlega odrzuceniu. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Na zamawiającym ciąży jednak obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Przepis art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu

rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

Wyjątek stanowią przepisy art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nieprowadzące istotnych zmian w treści oferty) oraz art. 187 ustawy Pzp (w trybie dialogu konkurencyjnego, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ).

Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Wyjaśnianie treści oferty nie może być wykorzystywane do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści.

Wyjaśnianie (zwane również tłumaczeniem) jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Wyjaśnianie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści oferty?”. Nie można będzie zatem uznać za wyjaśnienie treści oferty takiego wyjaśnienia, w którym wykonawca dokonuje zmiany treści oferty. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia muszą bowiem wskazywać sposób rozumienia treści złożonej oferty, nie mogą natomiast zmieniać treści oferty.

Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Skoro zamawiający ma wątpliwości, dotyczące treści złożonej oferty, musi te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić.

W toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Wyjątkiem jest możliwość żądania od wykonawców w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z wyjątkiem dokonywania istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także poprawianie w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące poważnych zmian w treści oferty (art. 223 ust. 2 ustawy Pzp).

Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, zakazane w art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

Skutkiem niezastosowania się do wezwania zamawiającego z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest przyjęcie przez wykonawcę na siebie ryzyka, że zamawiający posłuży się dostępnymi mu informacjami na temat treści oferty wykonawcy i wyciągnie z nich określone skutki prawne. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pz służy usunięciu wątpliwości co do treści oferty, jeśli wykonawca tej wątpliwości nie usuwa, naraża się na to, że zamawiający uzna treść oferty za niejednoznaczłą, niepewną lub zrozumie ją inaczej niż wynika to z rzeczywistej woli wykonawcy (zob. wyrok z dnia 18 stycznia 2020 r., KIO 2581/20).

Udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego należy postrzegać jako ele-

ment korzystny dla obu stron prowadzonego postępowania o zamówienie, który nie powinien być pomijany, z uwagi na brak bezpośredniej sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Co może zrobić wykonawca w przypadku wadliwego projektu budowlanego?

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

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

Wykonawca robót budowlanych nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Musi jedynie umieć odczytać projekt i wykonać roboty zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. W wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do obowiązku sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad, w sytuacji gdy zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał i upewnił się co do „prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia”, przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, że: „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag

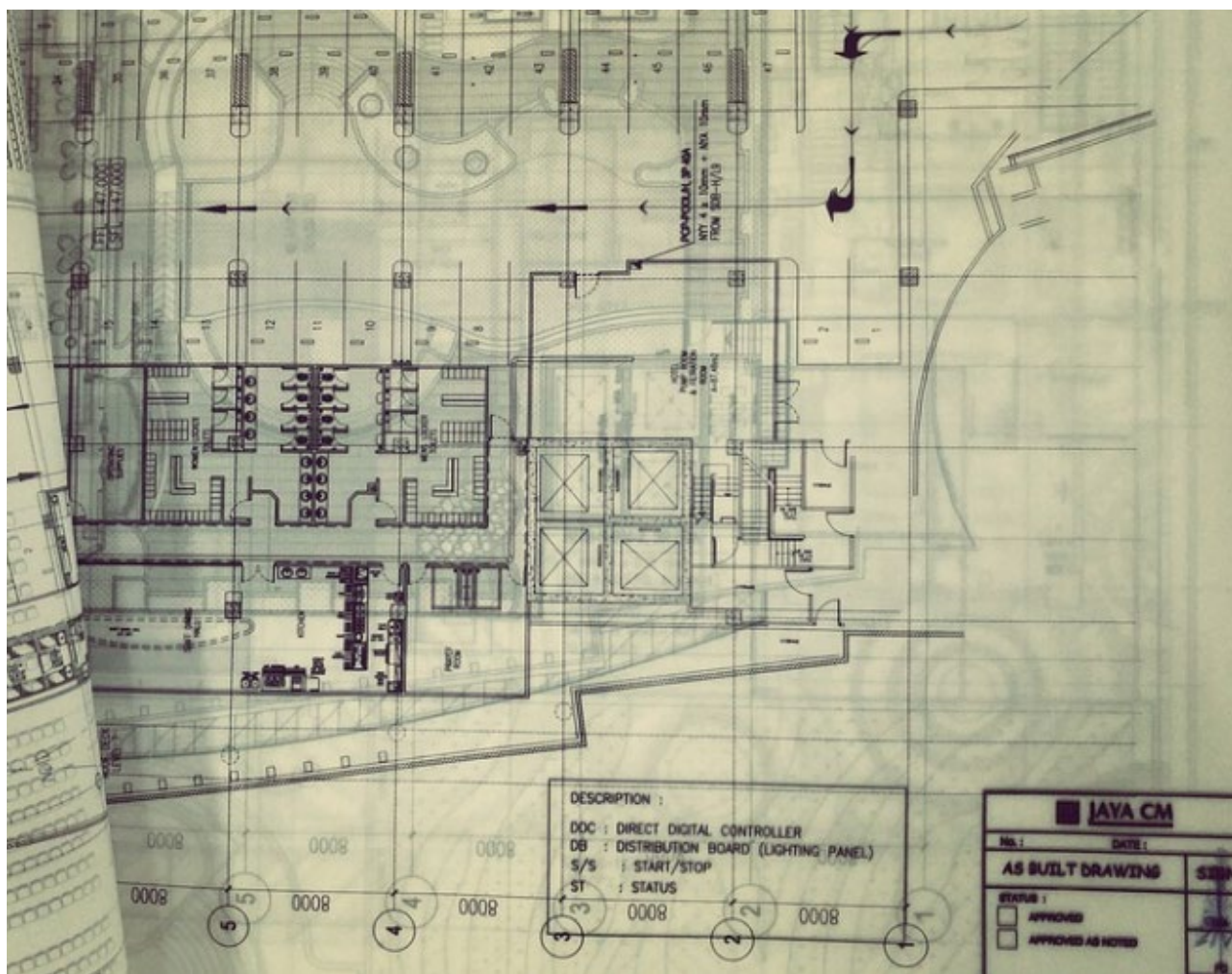
czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważone na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż niezgłoszenie jakichś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy”.

W wyroku z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, Sąd Najwyższy stwierdził, iż „z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej.

Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwo-

ści realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca jest obowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora, gdy dostarczona przez niego dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu ich wykonaniu (ich wykonanie zgodnie z dostarczonym projektem budowlanym spowoduje powstanie obiektu wadliwego). W tym przypadku chodzi jednak o sytuacje, w których stwierdzenie, że dostarczony przez inwestora projekt nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Konsekwencją niedopełnienia



przez wykonawcę obowiązku zawiadomienia, o którym mowa w art. 651 k.c., będzie powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciążącego na nim obowiązku (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08).

To, że wykonawca nie zgłosił inwestorowi przeszkód w terminowym wykonaniu umowy o roboty budowlane nie oznacza, że już z tego powodu należy mu przypisać odpowiedzialność za nieterminowe zrealizowanie robót budowlanych. Wykonawca może odpowiadać jedynie za niedołożenie należytej staranności w wykryciu wad, które jako uczestnik procesu budowlanego mógł i powinien był wykryć, nie przejmując w żadnej mierze odpowiedzialności za projekt budowlany.

O tym, że dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić inwestora (czyli działanie bez nieuzasadnionej zwłoki przy dołożeniu przyjętej w danych stosunkach staranności). Termin ten rozpoczyna bieg od momentu uzyskania przez wykonawcę informacji o nieprzydatności dokumentacji, terenu budowy, maszyn lub urządzeń do prawidłowego wykonania robót albo o jakichkolwiek innych okolicznościach, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu takich robót.

Natomiast nie ma podstaw do uznania, że bieg terminu określonego w art. 651 k.c. może rozpocząć się od momentu, w którym wykonawca mógł uzyskać informację o wskazanych w tym przepisie okolicznościach, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót przy zachowaniu należytej staranności.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 647 k.c. to na inwestorze ciąży obowiązek przygotowania robót, w szczególności przygotowania terenu budowy oraz sporządzenia i dostarczenia projektu. Z art. 647 k.c. nie wynika jednak brak jakichkolwiek obowiązków wykonawcy związanych z weryfikacją otrzymanego do wykonania projektu.

Jak szczegółowo powinny być opisane warunki zmiany umowy?

Zgodnie z treścią 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: określają rodzaj i zakres zmian, określają warunki wprowadzenia zmian i nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Przepisy ustawy Pzp nie określają stopnia szczegółowości opisu warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zmiany umowy nie mogą być jednak konstruowane w sposób niedookreślony.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana na czas określony została przez ustawodawcę skonstruowana jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, która jeżeli tylko jest wykonywana należycie, powinna istnieć do upływu terminu, na jaki została zawarta. Jest to uzasadnione tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie obliczyć cenę oferty, wysokość opłat oraz inne obciążenia finansowe, a także przewidzieć, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy. Przepisy Pzp uprawniają zamawiającego do swobodnego kształtowania postanowień umownych, nie jest to jednak prawo nieograniczone. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwą zakazane jest modyfikowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres lub wielkość zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych (zob. wyrok z dnia 2 września 2010 r., KIO/1756/10).

Zmiana istotna to w szczególności zmiana, wprowadzająca warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, spowodowałyby, że wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści, czy zmiana rozszerzająca lub zmniejszająca

zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy.

Do zmiany umowy dojść może jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez wszystkie jej strony.

W wyroku z dnia 30 listopada 2017 r., KIO 2219/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna być dokonana z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Konieczność zachowania formy pisemnej wyznacza art. 77§ 1 k.c., zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały do jej zawarcia. Ponadto, zgodnie z art. 353[1] k.c., treść umowy (a więc także zmiany umowy) nie mogą sprzeczować się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W postępowaniu, którego dotyczy wyrok z dnia 30 listopada 2017 r., KIO 2219/17, zamawiający przewidział we wzorze umowy dwie procedury dokonywania zmian umowy: z inicjatywy jednej ze Stron oraz za zgodą obu Stron. Jednocześnie w klauzuli (...) wzoru umowy zawarł postanowienia dotyczące zmian w dokumentacji projektowej lub technologii wykonania robót budowlanych. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że z treści tych postanowień można jednoznacznie wywieść wbrew twierdzeniom za-

mawiającego, że modyfikacje postanowień umownych dokonywane z inicjatywy zamawiającego mogą zostać wykonawcy narzucone. To zamawiający decyduje o wprowadzeniu zmian, a polecenie ich uwzględnienia jest wiążące dla wykonawcy. Co więcej, umowa zawiera postanowienia odnośnie procedury zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy, brak jest natomiast uregulowania kwestii zwiększenia tegoż wynagrodzenia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej takie zapisy umowy są nieprecyzyjne, stanowią bowiem, że zmiany umowy będą wprowadzane aneksem i jednocześnie, w przypadku sporu co do charakteru zmian, czy co do rozliczenia zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy nakładają na wykonawcę obowiązek wykonania robót budowlanych w sposób zgodny z modyfikacją, a więc realizacji zobowiązania pomimo braku zgodnego oświadczenia stron wyrażonego w pisemnym aneksie do umowy. Postanowienia umowne są w tym zakresie bezwzględnie abuzywne i pozostają w sprzeczności z regulacjami kodeksu cywilnego dotyczącymi stosunków cywilnoprawnych. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, co prawda, Zamawiający przewidział w myśl równości stron stosunku prawnego również postanowienia dotyczące wprowadzania zmian umowy z inicjatywy wykonawcy, jednak w tym zakresie postanowienia te są szczegółowe i



pełne.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się ze stanowiskiem, iż możliwe jest przyznanie zamawiającemu prawa do wprowadzania istotnych zmian umowy bez zgody wykonawcy, jednocześnie nie przewidując jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Taki stan niepewności wykonawcy zarówno co do zakresu redagowania postanowień umownych arbitralną decyzją zamawiającego, wysokości należnego wynagrodzenia wykonawcy jak i ewentualnych ryzyk takich zmian pierwotnego zobowiązania umownego nie ma oparcia w przepisach prawa i nie może się ostać.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że swoboda zamawiającego w kształtowaniu zapisów umownych podlega zawsze badaniu pod względem zgodności nie tylko z przepisami ustawy Pzp ale również z postanowieniami kodeksu cywilnego regulującego stosunki zobowiązaniowe.

Czy za wykonanie umów podwykonawczych każdy z konsorcjantów odpowiada samodzielnie?

Zgodnie z art. 455 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepisu tego nie stosuje się do zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami.

Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest korzystna dla zamawiającego.

Możliwość domagania się świadczenia od wybranego przez siebie wykonawcy (dłużnika), w praktyce tego, od którego najłatwiej w danej chwili uzy-

skać świadczenie, umacnia pozycję zamawiającego. Przewidziana w art. 366 § 1 k.c. możliwość żądania świadczenia od wybranego przez siebie dłużnika przysługuje zamawiającemu zarówno w toku postępowania pozasądowego, jak i sądowego, nie wyłączając etapu egzekucji.

Dokonany przez wierzyciela wybór może być zmieniony w każdym stadium postępowania sądowego. Granicę swobody wierzyciela w wyborze dłużnika wyznacza jedynie art. 5 k.c. Jeżeli dochodzenie świadczenia od określonego dłużnika solidarnego nie ma znamion nadużycia prawa, nie może on skutecznie kwestionować skierowanego do niego żądania spełnienia świadczenia, w szczególności podnosząc, że wierzyciel nie pozwał jednocześnie pozostałych dłużników solidarnych.

Przepis art. 455 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i strony (wykonawcy i zamawiający) nie mogą zmienić tych zasad odpowiedzialności, a jakiegokolwiek postanowienia umowne ograniczające solidarną odpowiedzialność wykonawców wobec zamawiającego nie będą wobec niego skuteczne.

Forma prawna współpracy zastosowana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie ma zatem wpływu na odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Bez znaczenia pozostaje to, czy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne łączy nienazwana umowa konsorcjum, czy też kodeksowa umowa spółki cywilnej (zob. wyrok z dnia 10 kwietnia 2012 r., KIO 588/12). Za wykonanie umów podwykonawczych każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiada wobec zamawiającego, nawet jeżeli tylko niektórzy z nich zawrą umowy podwykonawcze, ponieważ ich odpowiedzialność jest solidarna (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08).



wPrzetargach.pl

Drodzy Czytelnicy,

portal wPrzetargach.pl to największy otwarty portal o stosowaniu przepisów o zamówieniach publicznych i kompendium wiedzy o zamówieniach publicznych.

Hołdujemy zasadzie: „Zawsze profesjonalnie o zamówieniach publicznych”.

Dokonujemy analizy przepisów o zamówieniach publicznych, opartej na aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym, wynikach kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, obowiązujących opiniach prawnych Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazujemy rozbieżności interpretacyjne.

Informujemy o ważnych wydarzeniach związanych z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

Wspieramy inicjatywy edukacyjne: konferencje, studia podyplomowe, seminaria, szkolenia.

Tworzymy publikacje i materiały szkoleniowe na najwyższym poziomie merytorycznym.

Każdego dnia chcemy być wsparciem dla tych, którzy tego wsparcia potrzebują.



Józef Edmund Nowicki
Redaktor naczelny