

Cel, organizacja
i sposób
przeprowadzenia
wizji lokalnej

Skuteczne
umocowanie
pełnomocnika

Unieważnienie
postępowania
na podstawie
art. 255 pkt 6

Referencje i inne
dokumenty
potwierdzające
należyte wykonanie
robót

Niejednoznaczny
opis przedmiotu
zamówienia
a unieważnienie
postępowania

Zawarcie przez
wykonawcę
porozumienia
mającego na celu
zakłócenie
konkurencji

Odpowiedzi
na pytania
czytelników

Opinie prawne

Rynek Przetargowy

DWUMIESIĘCZNIK UCZESTNIKÓW RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

MAJ - CZERWIEC 2023 | Numer 3/2023 (8) | ISSN 2720-6084

**Istotna zmiana okoliczności
w unieważnieniu postępowania**

**Aktualność przedmiotowych
środków dowodowych**

**Dwa warianty
procedury odwróconej**

Rynek Przetargowy

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

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

SEKRETARZ REDAKCJI
Maciej Nowicki
redakcja@rynekprzetargowy.pl

WSPÓŁPRACA I PATRONAT
redaktor.naczelnny@rynekprzetargowy.pl

BIURO REKLAMY
redakcja@rynekprzetargowy.pl

RADA KONSULTACYJNA
Iwona Miller – Rutkowska
Adw. Mikołaj Kołdecki
Adw. Bartosz Majerski
Adw. Maciej Sobieraj
Piotr Wiśniewski

WAŻNE SERWISY
uzp.gov.pl
uzp.gov.pl/kio/wokanda/dzisiejsza
sejm.gov.pl
senat.gov.pl
miniPortal.uzp.gov.pl
ezamowienia.gov.pl
simap.ted.europa.eu
legislacja.rcl.gov.pl
isap.sejm.gov.pl
TSUE
Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych
Orzecznictwo GKO

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Józef Edmund Nowicki
Maciej Nowicki

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

ŹRÓDŁO ZDJĘĆ
pixabay.com



Ostrożnie z zasadą, że wszystko jest dozwolone, co nie jest w ustawie zakazane

Pogląd o dopuszczalności przedłużenia terminu związania ofertą samodzielnie przez wykonawcę jest sprzeczny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych i nie znajduje oparcia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych oraz komentarzach uznanych ekspertów.

Podstawą do uznania, że wykonawca może samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą nie może być pogląd o braku takiego zakazu w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Brak w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych możliwości przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, został zrekompensowany nałożeniem na zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a w przypadku braku takiej zgody, obowiązku zwrócenia się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy (drugiego w rankingu), którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty, stanowi gwarancję dla wykonawców, w przypadku, gdyby zamawiający świadomie lub wskutek zapomnienia doprowadził do sytuacji, w której zwrócenie się do nich o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą byłoby na tyle spóźnione, że uniemożliwiałoby złożenie przez nich pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie tego terminu.

Ostrożnie więc z zasadą, że wszystko jest dozwolone, co nie jest w ustawie zakazane

Więcej na ten temat w kolejnym numerze Rynku Przetargowego.

Józef Edmund Nowicki

Redaktor naczelny

Spis treści

<i>UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA</i>		<i>PEŁNOMOCNICTWO</i>	
5	Istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym	48	Skuteczne umocowanie pełnomocnika
<i>UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA</i>		<i>PODZIAŁ ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI</i>	
9	Postępowanie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy	51	Autonomia decyzji zamawiającego, co do podziału zamówienia na części i zasada uczciwej konkurencji
<i>WIZJA LOKALNA</i>		<i>UPRZEDNIA OCENA OFERT</i>	
14	Cel, organizacja i sposób przeprowadzenia wizji lokalnej	55	Dwa warianty procedury odwróconej
<i>PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE</i>		<i>KOMITET DO SPRAW KONTROLI W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH</i>	
16	Referencje i inne odpowiednie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót	57	Uchwała nr 1/2022 KOMITETU DO SPRAW KONTROLI W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH z dnia 11 listopada 2022 r. w sprawie ustawowego obowiązku uwzględniania przez organy kontroli wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu
<i>UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA</i>		<i>OPINIA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH</i>	
19	Czy niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia może być podstawą unieważnienia postępowania	59	Dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w celu ochrony zdrowia i życia ludzkiego, w szczególności zakupu leków
<i>UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA</i>		<i>OPINIA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH</i>	
24	Unieważnienie postępowania przed upływem terminu do składania ofert, jeżeli dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione	62	Zaświadczenie wydawane przez e-Urząd Skarbowy jako podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp
<i>WYKLUCZENIE WYKONAWCY Z POSTĘPOWANIA</i>		<i>ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PYTANIACH I ODPOWIEDZIACH</i>	
28	Zawarcie przez wykonawcę z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji	64	
<i>PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE</i>		<i>KOMUNIKAT URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH</i>	
35	Aktualność przedmiotowych środków dowodowych	74	Pytania i odpowiedzi dotyczące ogłoszenia o wykonaniu umowy
<i>KRYTERIA OCENY OFERT</i>			
37	Przyznawanie punktów wyłącznie za oferowane materiały zalecane przez producenta urządzeń		



ISTOTNA ZMIANA OKOLICZNOŚCI POWODUJĄCA, ŻE PROWADZENIE POSTĘPOWANIA LUB WYKONANIE ZAMÓWIENIA NIE LEŻY W INTERESIE PUBLICZNYM

WYSTĄPIENIE ISTOTNEJ ZMIANY OKOLICZNOŚCI POWODUJĄCEJ ZASADNOŚĆ
UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA MUSI MIEĆ CHARAKTER OBIEKTYWNY,
NIEZALEŻNY OD ZAMAWIAJĄCEGO.

Zgodnie z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

„Powyższa przesłanka unieważnienia postępowania rozumiana jest jako przejaw ochrony interesu publicznego, utożsamianego z celowym, gospodarnym i efektywnym wydatkowaniem środków publicznych. Zmiana okoliczności może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności już po wyborze najkorzystniejszej oferty realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. W takiej sytuacji zamawiający, mając na uwadze interes publiczny, posiada możliwość unieważnienia postępowania. Przesłanka powyższa dotyczy zatem zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Zamawiający musi przy tym wykazać, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie

leży w interesie publicznym oraz że przy zachowaniu należytej staranności nie można było jej wcześniej przewidzieć (por. wyrok KIO z dnia 27 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 176 /09).” (por. wyrok z dnia 27 lutego 2009 r., KIO/UZP 176 /09).

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r., V Ca 2224/03 „istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie”.

W orzecznictwie zwraca się uwagę, że obowiązek unieważnienia postępowania aktualizuje się tylko w sytuacji kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek unieważnienia postępowania, określonych w art. 255 pkt 5 ustawy Pzp: wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Koniecznym jest udowodnienie przez zamawiającego, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, w wyniku czego kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym (zob. wyrok z dnia 14 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 398/09).

W wyroku z dnia 14 grudnia 2020r., KIO 3078/20 zwrócono uwagę, że w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 jest mowa o zmianie okoliczności, „czyli zaistnieniu pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym. Dochodzi do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego - czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania - w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłoby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł p.z.p. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych - takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób uregulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią.

Za „zmianę okoliczności” należy rozumieć, zgodnie z przyjętą w orzecnictwie linią interpretacyjną, zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym. Dla zakwalifikowania zmiany jako istotnej potrzebna jest jej trwałość - rozumiana jako nieodwracalny stan. Zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia według dotychczasowych założeń, co bywa rozumiane jako zmiana będąca następstwem zdarzeń nadzwyczajnych, występujących rzadko.

Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96 za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego. Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą i nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem Odwołującego, który poprzez dążenie do unieważnienia postępowania i ogłoszenia ponownego chce mieć możliwość złożenia oferty po raz kolejny.

Sformułowanie: Czego nie można było wcześniej przewidzieć należy rozumieć, że zamawiający nie był w stanie przewidzieć, spodziewać się że takie zdarzenie zajdzie, w momencie ogłaszania przetargu. Jeżeli możliwym było przewidzenie wystąpienia takiej okoliczności, to wówczas zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania.

W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowanym na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 zwracano uwagę, że wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej zasadność unieważnienia postępowania musi

mieć charakter obiektywny, niezależny od zamawiającego.

W wyroku z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO 1056/15 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „zmianę okoliczności” należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, że kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym.

Interes publiczny nie powinien być utożsamiany z interesem samego zamawiającego, ale raczej



należy go rozumieć jako cel dla którego zaspokojenia realizowane miało być zamówienie, który to cel zaspokaja konkretnie wskazane potrzeby społeczne. Interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą. Zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia. Jeżeli możliwym było przewidzenie wystąpienia takiej okoliczności to wówczas zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp. Nie wystarcza więc samo zagrożenie taką zmianą, konieczne jest aby unieważnienie postępowania było reakcją na zdarzenie, które już zaszło. Podejmując decyzje o unieważnieniu zamawiający ma obowiązek szczegółowego podania wszystkich okoliczności uzasadniających unieważnienie, a więc określić interes publiczny, który chciał zaspokoić, opisać niespodziewane zdarzenie, które zaszło, wykazać, że ma ono charakter istotny a także, że nie był w stanie przewidzieć jego zajścia. Okoliczności uzasadniające zaistnienie braku interesu społecznego muszą mieć charakter trwały, czyli nie można ich przezwyciężyć np. przez zmianę organizacyjną czy uzgodnień. W orzecznictwie

Kwestionowane były m.in. następujące przyczyny unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp:

- 1) niezadowolenie niezadowolenie części załogi w związku z reorganizacją struktury i zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez zamawiającego (wyrok z dnia 18 kwietnia 2013 r., KIO 764/13);
- 2) zmiana koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok z dnia 20 lutego 2013 r., KIO 304/13);
- 3) zmiana sposobu finansowania przedsięwzięcia, ale bez utraty części środków (wyrok z dnia 20 czerwca 2012 r., KIO 1171/12);

- 4) zmniejszenie ilości środków finansowych na sfinansowanie zamówienia (wyrok z dnia 7 maja 2010 r., KIO/UZP 628/10);
- 5) powzięcie wiadomości, że usługi które są przedmiotem zamówienia można gdzie indziej kupić taniej (wyrok Zespołu Arbitrów z 16 maja 2006 r., UZP/ZO/O-1343/06);
- 6) błąd w dokumentacji przetargowej (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2010 r., IX Ga 30/2008, LEX nr 1713248).

Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp powinien zrobić to po przeprowadzeniu analizy stanu faktycznego mającego uzasadnić takie unieważnienie.

W orzecznictwie jest podkreślana wyjątkowość stosowania art. 255 pkt 5 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 13 maja 2019r., KIO 764/19 skład orzekający uznał, że dla ziszczenia się podstawy unieważnienia postępowania przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp2004 konieczne jest stwierdzenie, że istotna zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a ponadto, że zarówno zamawiający, jak i wykonawca przy zachowaniu należytej staranności nie mogli wcześniej przewidzieć wystąpienia zmiany. Ponadto, okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 5 Pzp muszą mieć charakter trwały oraz nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że zachowując należytą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W uchwale z dnia 12 marca 1997r., W 8/96 Trybunał Konstytucyjny przyjął, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących

na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego. Dodatkowo termin „publiczny” wskazuje na konieczność kierowania się dobrem ogólnym, a nie indywidualnym. Nie jest to potrzeba jednostki lub mniejszości w jakiejś zorganizowanej grupie osób. Wobec tego istotą interesu publicznego są przede wszystkim wartości podstawowe, a pojęcie to może mieć wymiar ekonomiczny, polityczny lub prawny.

Powołanie się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania, i wykazać, że jest on na tyle ważny i znaczący, iż bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców, gdyż tylko w ten sposób będzie w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła.

Interes publiczny jest to więc pojęcie niedookreślone, którego treść jest wyznaczana przez obowiązujące prawo, wartości przez nie realizowane, wolę polityczną i zespół odniesień pozaprawnych (...). Przyjmuje się, że interes publiczny nie powinien stanowić przeciwieństwa interesu prywatnego, nie jest też sumą interesów prywatnych (zob. wyrok z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1500/15).

Interesu publicznego nie można ponadto utożsamiać z interesem zamawiającego, a ocena czy w danym przypadku występuje okoliczność uzasadniająca jego istnienie dokonywana jest w momencie wszczęcia postępowania (wyrok z dnia 14 października 2009 r., KIO/UZP 1227/09).

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

POSTĘPOWANIE OBARCZONE NIEMOŻLIWĄ DO USUNIĘCIA WADĄ UNIEMOŻLIWIAJĄCĄ ZAWARCIE NIEPODLEGAJĄCEJ UNIEWAŻNIENIU UMOWY

**NIEMOŻLIWA DO USUNIĘCIA WADA MUSI POWODOWAĆ NIEMOŻNOŚĆ
ZAWARCIA UMOWY, KTÓRA NIE PODLEGAŁBY UNIEWAŻNIENIU.**

Na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ustawy Pzp może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Katalog przesłanek z art. 255 ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania.

Nie ulega zatem wątpliwości, że do zastosowania art. 255 pkt 6 ustawy Pzp

konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek.

Do tych przesłanek należy zaliczyć sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady. Niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu.

Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (zob. wyrok z dnia 17 marca 2016 r., KIO 314/16). Jednocześnie owo usunięcie może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z ustawą Pzp, a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania.

Z analizy art. 255 pkt 6 ustawy Pzp można wyprowadzić kilka wniosków.

Po pierwsze, unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy.

Po drugie, zamawiający jest obowiązany uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a wykonawca

ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia.

Po trzecie, przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest bowiem odpowiednika art. 146 ust. 6 nieobowiązującej ustawy Pzp2004 (możliwość wystąpienia do sądu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania). Na gruncie art. 457 ust. 1 ustawy Pzp powstaje wątpliwość, czy możliwość unieważnienia umowy została ograniczona wyłącznie do okoliczności wskazanych w tym przepisie.

W Komentarzu UZP autorzy zwracają uwagę, że „Szczególną rolę odgrywa zawarta w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przesłanka unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada musi mieć nieusuwalny charakter. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Dopuszczalność usunięcia wady postępowania powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania.”

W art. 457 ust. 1 ustawy Pzp przyjęto koncepcję nieważności względnej umowy (umowa objęta wadami wskazanymi w tym przepisie pozostaje ważna i wywołuje skutki prawne do czasu stwierdzenia jej nieważności przez sąd na skutek wniesienia powództwa przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 459 ust. 1 ustawy Pzp lub skutek powództwa wykonawcy na podstawie art. 460 ustawy Pzp). Przepis art. 457 ustawy Pzp nie zawiera odpowiednika art. 146 ust. 6 Pzp2004. W art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, tak jak w art. 146 ust. 1 Pzp2004, zawarto zamkniętą listę naruszeń

przepisów ustawy Pzp, skutkujących unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 457 ustawy Pzp nie uprawnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może na drodze sądowej dochodzić unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli wykaże, że zaistniała jedna z przesłanek unieważnienia umowy przewidziana w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Enumeratywne wyliczenie w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp wad powodujących nieważność względną umowy oraz art. 458 ustawy Pzp nie wykluczają możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności na gruncie art. 58 k.c. Powództwo przewidziane w art. 189 k.p.c. można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 705 k.c. znajdzie również zastosowanie do umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania poprzedzonego zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazaniem ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (por. wyrok z dnia 10 października 202 r., KIO 2521/22).

W wyroku z dnia 2 listopada 2021 r., KIO 2939/21, zwrócono uwagę, że „w sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały otwarte, a Izba stwierdza niezgodność treści dokumentów zamówienia z przepisami ustawy, jedynym narzędziem pozwalającym na to, aby wyrok Izby usunął stan niezgodności z prawem, jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, nie jest już bowiem możliwe nakazanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie

ustawy na jego wcześniejszym etapie miałyby wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Art. 70⁵ § 1 k.c. stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania."

W wyroku z dnia 14 lutego 2023 r., KIO 264/23, uznano, że „Z art. 457 ust. 4 ustawy Pzp należy wywieść, że ustawodawca zakazał powództwa o ustalenie ważności umowy, tylko o ile możliwe jest unieważnienie umowy w oparciu o przepisy art. 457 ust. 1 i 458 ustawy Pzp. Oznacza to, że we wszystkich przypadkach, w których nie ma miejsca zastosowanie art. 457 ust. 1 i 458 ustawy Pzp możliwe jest unieważnienie postępowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, czyli przede wszystkim na podstawie art. 58 § 1 k.c. Przepis ten stanowi, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy. Przepis ten ma zastosowanie w odniesieniu do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym nie ma możliwości stwierdzenia nieważności w sytuacji, gdy czynność jest niezgodna z przepisem zakładającym nieważność względną. W ocenie Izby przepisem bezwzględnie obowiązującym w ustawie Prawo zamówień publicznych jest przepis nakazujący zamawiającemu udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z

przepisami ustawy. Drugim przepisem bezwzględnie obowiązującym jest przepis nakazujący zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W badanej sprawie zamawiający takiego wyboru dokonać nie może, bo musiałby wybrać dwie oferty najkorzystniejsze w kryterium jakościowym. Czynność prawna zamawiającego polegająca na wyborze jednej oferty, ale w sposób porównujący oferty bez odniesienia się do jednoznacznego wzorca wynikającego z warunków zamówienia jest zatem sprzeczna z art. 239 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji umowa zawarta w wyniku takiego wyboru byłaby obarczona wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy." Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę na stanowisko wyrażone w Komentarzu UZP, zgodnie z którym „Niezmiennie istotne jest przywołanie art. 457 ust. 4 ustawy Pzp, stanowiącego, że z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458 ustawy Pzp, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 k.p.c. Wzruszalność umowy naruszającej przepisy Pzp w zakresie określonym w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w żadnym przypadku nie oznacza jednak, że katalog przesłanek unieważnialności umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zamknięty i nie wyklucza nieważności (z mocy prawa) takiej umowy, jeśli narusza ona inne bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się ogólną regułę ustaloną w art. 58 k.c. Art. 58 § 1 k.c. stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. To oznacza, że naruszenie konkretnej bezwzględnie obowiązującej normy prawnej skutkuje nieważnością umowy, chyba że przepis odnoszący się do normy naruszanej stanowi inaczej (tak jak w przypadku art. 457 ustawy Pzp). W przypadku nieważności bezwzględnej

opartej na regule określonej w art. 58 k.c. i naruszeniu konkretnego przepisu innego niż wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna z mocy prawa (nie wywołuje skutków prawnych). Każdy, kto ma w tym interes prawny, może skorzystać z powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego wykreowanego tą umową na podstawie art. 189 k.p.c., a stwierdzający nieważność tej umowy wyrok sądu powszechnego ma charakter deklaratoryjny. Ponadto na bezwzględną nieważność umowy z mocy prawa może się powołać każdy, choćby w formie zarzutu procesowego albo w powództwie innym niż złożone na podstawie art. 189 k.p.c. Sankcją bezwzględnej nieważności umowy obwarowane jest przykładowo niedochowanie formy pisemnej zgodnie z art. 432 Pzp, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej."

W wyroku z dnia 21 marca 2023 r., KIO 610/23, uznano, że „nie można więc przyjąć, że z art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych wynika wyłącznie przesłanka unieważnienia umowy, związana z nieprawidłowościami w obowiązkowych ogłoszeniach w publikatorach. Każde naruszenie związane z ogłoszeniami jest równocześnie „naruszeniem ustawy”. Trzeba zatem przyjąć, że ustawodawca przewidział dwie podstawy unieważnienia, do których odwołuje się w art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, tj: „do zawarcia umowy z naruszeniem Pzp oraz do zaniechania obowiązków ogłoszeniowych” (tak: Prawo zamówień komentarz, red. Hubert Nowak i Marek Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). Rzeczywiście przepis sformułowany jest mało przejrzysto, ale trudno byłoby zaakceptować, dlaczego ustawodawca jako prowadzącą do nieważności umowy, miałby przyjąć jedynie przesłankę związaną z ogłoszeniami, mającymi znaczenie dla sporządzenia ofert, a pominął inne naruszenia przepisów, które takie znaczenia również mają. Dlatego trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów

Prawa zamówień publicznych, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym - takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania. Generalnie rzecz biorąc przesłanki unieważnienia postępowania mają charakter wysoce sankcyjny i powinny być interpretowane możliwie wąsko, jednak jakakolwiek interpretacja musi uwzględniać sens i cel przepisu. Dlatego ostatecznie, biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba doszła do wniosku, że udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy, tego rodzaju, że miało wpływ na sporządzenie ofert i wynik postępowania, mieści się w normie opisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych."

W wyroku z dnia 7 lutego 2022 r., KIO 169/22, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „W przepisach ustawy Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną na podstawie art. 457 ust. 5 ustawy Pzp który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 705 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70⁵ k.c. znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70⁵ k.c. jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp."

W wyroku z dnia 17 marca 2023 r., KIO 562/23, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że sięgając po podstawę unieważnienia postępowania wskazaną w art. 255 ust. 6 ustawy Pzp „należy mieć na uwadze, że w aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że Prezes Urzędu Zamówień publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w tych samych, w których Zamawiający mógł zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania

jako obarczonego nieusuwalną wadą. Innymi słowy: „Podstawą do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych jest obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania. Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Prawa Zamówień Publicznych do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.” (vide wyrok z dnia 12 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 881/22)”

W wyroku z dnia 3 lutego 2023 r., KIO 170/23, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że art. 457 ust. 1 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog pięciu przesłanek, związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, dlatego unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy

udzielenie zamówienia prowadziło do zaistnienia jednego z tych pięciu przypadków, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne, która winna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania, jako data realizacji świadczenia już upłynął, ponadto z art. 457 ustawy Pzp nie wynika, aby była to wada, która prowadzić by musiała do unieważnienia postępowania. Wskazać należy, że pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach sądów, na co wskazują m.in.: wyrok z 7 lutego 2013 r., KIO 154/13, wyrok z 17 lipca 2009 r., KIO/UZP 852/09, wyrok z 31 marca 2009 r., KIO/UZP 333/09, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 16 października 2007 r., X Ga 158/0/Iza.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła także, że opisanie dnia realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnego dnia tj. 9 grudnia 2022r. nie stanowiło podstawy do unieważnienia postępowania. Podkreślić jeszcze raz należy, że aby unieważnić postępowanie należy wykazać, że w postępowaniu zaistniała przyczyna wymieniona w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 457 ust. 1 ustawy Pzp nie przewiduje, aby opisanie terminu realizacji zamówienia w sposób wynikający w dokumentacji przedmiotowego postępowania skutkował koniecznością unieważnienia postępowania. Ponadto jak wskazano wyżej, przepisy Pzp nie zakazują zmiany terminu wykonania umowy, a więc tym samym zmiany terminu w sposób zgodny z art. 436 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

CEL, ORGANIZACJA I SPOSÓB PRZEPROWADZENIA WIZJI LOKALNEJ

WIZJĘ LOKALNĄ PRZEWIDZIANĄ PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO W TYM SAMYM TERMINIE DLA WSZYSTKICH WYKONAWCÓW MOŻNA RÓWNIEŻ UZNAĆ ZA ZWOŁAĆ ZEBRANIE WSZYSTKICH WYKONAWCÓW W CELU WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ.

Na podstawie art. 131 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może wymagać złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego.

Informacje dotyczące wizji lokalnej, tym miejsce, czas i sposób przeprowadzania wizji lokalnej zamawiający zamieszcza w SWZ (art. 134 ust. 2 pkt 9 i art. 281 ust. 2 pkt 12 ustawy Pzp).

Wizję lokalną zamawiający może przewidzieć także w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki. W takim przypadku informacje dotyczące przeprowadzenia przez wykonawcę wizji lokalnej, zamawiający zamieszcza w zaproszeniu do negocjacji. Od odbycia wizji lokalnej zamawiający może uzależnić prowadzenie negocjacji. Warunki odbycia wizji lokalnej stanowią element warunków zamówienia.

Wizja lokalna to oględziny miejsca, w którym będą wykonywane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Wizja lokalna jest uzasadniona w przypadku dostaw, usług lub robót budowlanych, które będą wykonywane w warunkach na tyle nietypowych, że niemożliwe poznanie tych warunków umożliwi wykonawcom rzetelne obliczenie ceny oferty i podjęcie decyzji o złożeniu oferty lub prowadzeniu negocjacji.

Wizja lokalna nie może zastępować opisu przedmiotu zamówienia.

Ze względu na przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunki odbycia wizji lokalnej muszą być takie same dla wszystkich wykonawców.

Wizja lokalna nie może utrudniać żadnemu wykonawcy ubiegania się o udzielenie zamówienia ani obciążać wykonawcę nieuzasadnionymi kosztami ponoszonymi w związku z odbyciem wizji lokalnej. Przykładem może być sytuacja, gdy warunki realizacji są standardowe, a odbycie wizji lokalnej będzie związane z utrudnieniem w dotarciu do miejsca odbycia wizji lokalnej lub ponoszeniem znaczących kosztów związanych z odbyciem wizji lokalnej (np. wykonawcom mającym siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej).

Odbycie wizji lokalnej nie pozbawia wykonawców prawa zwrócenia się o wyjaśnienie lub zmianę treści SWZ dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia lub warunków realizacji zamówienia.

W przypadku gdy zamawiający przewiduje możliwość albo jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej, wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone (art. 131 ust.

2 ustawy Pzp). Jeżeli zamawiający nie przewidział odbycia wizji lokalnej, wykonawca może żądać wizji lokalnej. Nie oznacza to, że zamawiający na żądanie wykonawcy będzie obowiązany wyrazić zgodę na przeprowadzenie wizji lokalnej. Zamawiający może uznać, że ze względu na standardowe warunki realizacji zamówienia wizja lokalna nie jest konieczna w celu sporządzenia oferty.

Wizja lokalna to instytucja odrębna od instytucji zwrócenia się do zamawiającego z o wyjaśnienie lub zmianę treści SWZ. Ponieważ wizja lokalna to oględziny miejsca realizacji zamówienia, podczas wizji zamawiający nie udziela wyjaśnień na pytania uczestników wizji lokalnej dotyczące treści SWZ w zakresie miejsca realizacji przedmiotu zamówienia. Uczestnicy wizji lokalnej, za zgodą zamawiającego, mogą natomiast sporządzać fotografie lub film z miejsca wizji lokalnej.

Zamawiający może połączyć wizję lokalną obligatoryjną z zebraniem wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ. Po

odbyciu wizji lokalnej zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ. Informację o terminie zebrania zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści SWZ oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Wizję lokalną przewidzianą przez zamawiającego w tym samym terminie dla wszystkich wykonawców można również uznać za zwołanie zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści SWZ.

Rejestr wykonawców, którzy odbyli wizję lokalną stanowi załącznik do protokołu postępowania.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona bez odbycia wizji lokalnej, w przypadku, gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp).



Referencje i inne odpowiednie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót

REFERENCJE STANOWIĄ POTWIERDZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA DOSTAW, USŁUG LUB ROBÓT BUDOWLANYCH, KTÓRYCH RODZAJ, PRZEDMIOT, WARTOŚĆ, DATY I MIEJSCE WYKONANIA WYKONAWCA PODAJE W WYKAZIE DOSTAW, USŁUG LUB ROBÓT BUDOWLANYCH.

Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415) - w skrócie „rozporządzenie 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”, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, żądać wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Jeżeli w protokole odbioru lub referencji nie zamieszczono sformułowania „zostały wykonane należycie”, to należy ocenić, czy przedstawione tam informacje potwierdzają należyte wykonanie wyrażone przy użyciu innych sformułowań. Jeśli inwestor oświadczył, że odebrał roboty bez zastrzeżeń, to znaczy to tyle, że nie było zastrzeżeń co do wykonania roboty zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowego jej ukończenia, czyli że wykonano ją należycie.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to, iż są one wystawiane przez podmiot trzeci.

W wyroku z dnia 28 listopada 2016 r., KIO 1498/17, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów

rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia”, lub wyrok z dnia 6 lipca 2017 r, KIO 1216/17: „Odwołujący w treści odwołania stawia zarzut, iż treść referencji nie potwierdza wszystkich czynności, które zostały podane w wykazie, a wymagane były przez zamawiającego treścią ww. warunku. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powielala wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (...) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane”. Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (zob. wyrok z dnia 22 października 2018 r., KIO 2038/18).

Referencje są oświadczeniem wiedzy podmiotu, na rzecz którego roboty zostały wykonane (odbiorcę robót budowlanych), w którym podmiot ten stwierdza, że roboty te zostały wykonane należyście. Dokumentem potwierdzającym, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, jest również protokół odbioru częściowego robót, jeżeli odebrane częściowo przez inwestora roboty budowlane

potwierdzają, że wykonawca posiada doświadczenie w zakresie określonym w opisie oceny spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia wykonawcy.

Jeżeli zamawiający żądał, aby wykonawca wykazał, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wybudował drogę publiczną o nawierzchni asfaltowej, o długości 10 km, a wykonawca złożył wykaz robót budowlanych wykonanych, z którego wynika, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat wykonał należycie odcinek drogi publicznej o nawierzchni asfaltowej, o długości 10 km (w ramach jeszcze trwającej inwestycji drogowej - budowa drogi o nawierzchni asfaltowej o długości 50 km) i określonej wartości, oraz protokół odbioru stwierdzający, że wykonawca należycie wykonał te roboty budowlane, to nie można uznać, że wykonawca nie spełnia warunku dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia.

Jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, może złożyć inne odpowiednie dokumenty. Inne odpowiednie dokumenty to nie protokoły odbioru częściowego lub końcowego robót. Warto zauważyć, że złożenie przez wykonawcę i przyjęcie przez zamawiającego innego odpowiedniego dokumentu, wymaga wykazania przez wykonawcę, że z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane. Protokół odbioru nie jest innym odpowiednim dokumentem, ponieważ wykonawca składając wraz z wykazem robót budowlanych wykonanych protokół odbioru, nie musi wykazywać, że z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać np. referencji.

Na gruncie 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, jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, nie może złożyć oświadczenia własnego. Oświadczenie własne jest przewidziane w zamówieniach na dostawę i usługi.

Przyczyną niezależną od wykonawcy, która uniemożliwia mu uzyskanie referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, może być fakt likwidacji podmiotu, na rzecz którego wykonawca wykonał roboty budowlane. Takie stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach z dnia 4 czerwca 2013 r., KIO 1193/13 i z dnia 18 lipca 2014 r., KIO 1390/14.

Przyczyną niezależną od wykonawcy, która uniemożliwia mu uzyskanie referencji może być również niemożność wystawienia referencji przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, z przyczyn niezależnych od tego podmiotu (zob. wyrok z dnia 3 stycznia 2014 r., KIO 2873/13).

W komunikacie „Pytania i odpowiedzi dotyczące ogłoszenia o wykonaniu umowy” Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia może być zatem wskazywane za

pomocą nie tylko referencji, ale także różnych innych dokumentów. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność co do ich formy i treści, z zastrzeżeniem jednak, że w każdym przypadku z dokumentu takiego powinno wynikać wykonanie dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia).” Urząd Zamówień Publicznych zwrócił również uwagę, że dokumenty wymienione w rozporządzeniu 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 „zawsze podlegają ocenie zamawiającego, dlatego też to wykonawca w sposób rzetelny i kompleksowy winien ocenić, czy „inny dokument”, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, potwierdza spełnienie przez niego warunków udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej.” Stąd Urząd Zamówień Publicznych uznał, że innym dokumentem w rozumieniu w § 9 ust. 1 pkt 2 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 może być również ogłoszenie o wykonaniu umowy, jeśli zakres informacji w nim zawartych, świadczy o spełnieniu wymogu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.



CZY NIEJEDNOZNACZNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA MOŻE BYĆ PODSTAWĄ UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA

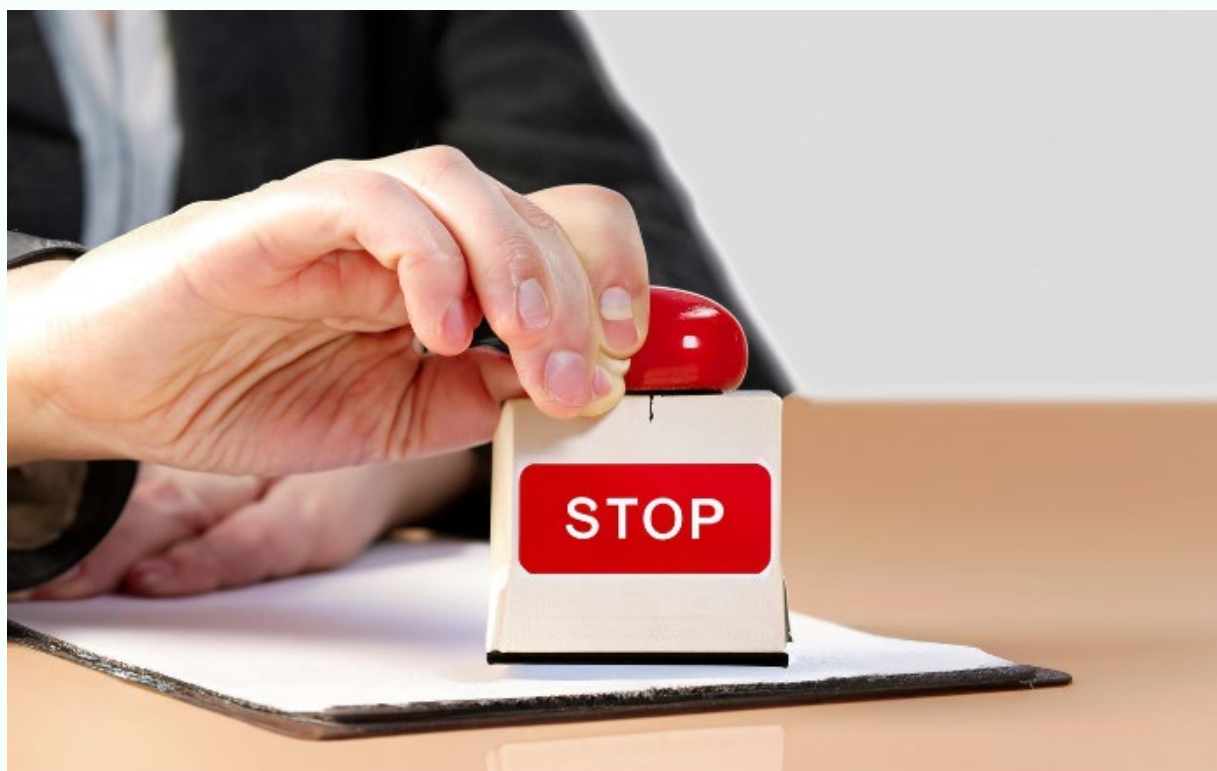
ZAMAWIAJĄCY ROZPOCZYNAJĄC POSTĘPOWANIE PRZETARGOWE DĄŻY DO REALIZACJI OKREŚLONYCH POTRZEB PUBLICZNYCH. TE POTRZEBY MUSZĄ BYĆ ZIDENTYFIKOWANE I PRAWIDŁOWE OKREŚLONE, A NASTĘPNIE OPISANE W SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że po weryfikacji złożonych oferty i przedmiotowych środków dowodowych zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania poinformował, że „opis przedmiotu zamówienia zawiera wadę, która na prowadzonym etapie postępowania nie może być usunięta. Wada sprowadzała się do opisu urządzenia „Robot stacjonarny do reedukacji chodu” w sposób niejednoznaczny, tzn. brak określenia „rodzajów zaburzeń neurologicznych” oraz określenia „indywidualnych potrzeb pacjenta” dla których urządzenie ma służyć. Brak jednoznaczności powoduje, że wykonawcy zaoferowali urządzenia dla odmiennej grupy pacjentów. W ofercie wykonawcy M. opis urządzenia L.N. wskazywał, że zadana szybkość treningu wynosi od 1 km/h do 3,2 km/h, co przy założeniu, że średnio krok wynosi około 65 cm daje od 1538 do 4923 kroków/h, czyli od 26 do 82 kroków na minutę. O ile prędkość maksymalna nie stanowi problemu, o tyle prędkość minimalna 26 kroków na minutę uniemożliwia zastosowanie urządzenia w przypadku pacjentów, którzy rozpoczynają reedukację chodu po przebytej chorobie (np. uraz CUN, uraz mózgu, itp.). Pacjent taki po pionizacji wykonuje pojedyncze kroki na minutę i w związku z tym urządzenie L.N. staje się nieprzydatne w początkowym okresie reedukacji chodu. Biorąc pod uwagę, że urządzenie przeznaczone jest na oddział rehabilitacji

neurologicznej, w którym hospitalizowani będą pacjenci po świeżo przebytych urazach mózgu, uszkodzeniach CUN, urządzenie L.N. nie będzie mogło być wykorzystane, co jest dla zamawiającego nie do przyjęcia, gdyż nie spełnia podstawowych potrzeb szpitala w zakresie rehabilitacji pacjentów szczególnie chorych (po urazach CUN, urazach mózgu). Opis urządzenia R.G. drugiego wykonawcy - T., wskazywał, że zadana szybkość treningu wynosi od 0,1 km/h, co przy założeniu, że średnio krok wynosi ok. 65 cm daje 153 kroków/h, czyli 2,5 kroków na minutę. Taka funkcjonalność zapewnia potrzeby zamawiającego w zakresie rehabilitacji pacjentów najbardziej chorych. W związku z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia wykonawcy złożyli różne oferty, oferując urządzenia dla różnej grupy pacjentów, co z kolei przekłada się na różne ceny. Wobec braku jednoznaczności w zakresie potrzeb zamawiającego stwierdzono, że złożone oferty są nieporównywalne. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (tak w wyrokach z dnia 25 września 2017 r., KIO 1869/17 lub z dnia 4 sierpnia 2017 r., KIO 1507/17) - wyrok z 11 czerwca 2021 r., KIO 1343/21). Orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Ponadto Izba uznała, że podstawą

unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamówienie zostałoby bowiem udzielone z naruszeniem ustawy, tj. jej art. 16 pkt 1 i 2. Wynikałoby to z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo byłoby także sprzeczne z zasadą przejrzystości. Przede wszystkim zaś rozwiązanie takie naruszałoby art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który ustanawia wymóg opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowej przesłanki unieważnienia postępowania nie należy upatrywać tylko i wyłącznie w odniesieniu do art. 457 pzp, który w swojej treści wymienia przesłanki unieważnienia umowy. Przykładem może być sytuacja opisana w wyroku o sygn. akt

KIO 2176/19, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć. Instytucję samodzielnego unieważnienia czynności podjętej wadliwie przez zamawiającego należy uznać za naturalne "narzędzie naprawcze", które pozwala na wyeliminowanie wad postępowania. Żaden przepis ustawy nie stoi bowiem na przeszkodzie temu, aby gospodarz postępowania, kiedy poweźmie wątpliwość co do prawidłowości swoich wcześniejszych działań, unieważnił dokonaną czynność i ponownie przeanalizował czy była ona prawidłowa. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. KIO 909/22 Izba wskazała, że "Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym zachodzą przesłanki określone w art. 255 pkt 6 Pzp i Zamawiający w tych



okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić." Warto w tym miejscu wskazać również na art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych stanowiący, że „Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”. Oznacza to, że zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny tak, aby poniesiony wydatek przyczynił się do uzyskania urządzenia spełniającego podstawowe potrzeby w zakresie rehabilitacji pacjentów najbardziej wymagających (po udarach mózgu). Reasumując, w przepisach ustawy prawo zamówień publicznych ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SWZ. Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, który doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wpłynął na możliwość złożenia ważnych ofert wykonawców, to miał obowiązek po stwierdzeniu tej okoliczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający unieważnił postępowanie z naruszeniem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza na wstępie zwróciła uwagę, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie, jeśli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Ustawodawca w art. 457 ust. 5 ustawy Pzp wskazał, że przepis art. 457 ust. 1 ustawy Pzp nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że zastosowanie art. 255 ust. 6

ustawy Pzp wymaga wykazania trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazania, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Tym samym, unieważniając postępowanie, zamawiający ma obowiązek wykazania, że zachodzą podstawy do ewentualnego unieważnienia umowy określone w art. 457 ustawy Pzp lub określone w kodeksie cywilne skutkujące unieważnieniem umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że w decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że dokumentacja postępowania zawiera wadliwy opis przedmiotu zamówienia w części 1 zamówienia, a wada sprowadza się do opisu urządzenia „Robot stacjonarny do reedukcji chodu” w sposób niejednoznaczny, tzn. brak określenia „rodzajów zaburzeń neurologicznych” oraz określenia „indywidualnych potrzeb pacjenta” dla których urządzenie ma służyć. Brak jednoznaczności powoduje, że wykonawcy zaoferowali urządzenia dla odmiennej grupy pacjentów. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie wykazał podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu przedstawionym przez Zamawiającego brak było jakiegokolwiek analizy związku pomiędzy

rzekomą wadą w opisie przedmiotu zamówienia poprzez brak określenia rodzaju zaburzeń neurologicznych, a ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Argumentacja Zamawiającego sprowadzała się do jednozdaniowej konstatacji o wadzie opisu przedmiotu zamówienia, bez analizy ryzyka unieważnienia umowy. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, analiza sekwencji czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania prowadzi do wniosku, że „wada” postępowania została celowo „dostrzeżona” przez Zamawiającego po zapoznaniu się z ofertami wykonawców. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający w sposób nieprawidłowy wykorzystał instytucję unieważnienia postępowania w celu zaniechania wyboru oferty Odwołującego, mimo, że oferta ta było ofertą najkorzystniejszą w ramach kryteriów oceny ofert. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nieprawidłowym i negatywnym zjawiskiem w systemie zamówień publicznych jest stosowanie przez zamawiających procedury unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp jako narzędzia do sanowania swoich błędów popełnionych na etapie

przygotowywania dokumentacji postępowania.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający jako profesjonalista, miał lub powinien był mieć pełną świadomość swoich potrzeb jakie zamierza zrealizować w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Racjonalny zamawiający planując doposażyć swoją jednostkę w profesjonalny sprzęt do wykonywania zabiegów z pacjentami weryfikuje przed wszczęciem postępowania właśnie docelową grupę pacjentów i zakres zabiegów jakie będą wykonywane przez poszczególne urządzenia. Bez wykonania takiej analizy wszczęcie postępowania przetargowego byłoby wyłącznie niegospodarnością Zamawiającego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający musiał mieć pełną świadomość opisu przedmiotu zamówienia w części 1 zamówienia. Był autorem opisu zawartego w SWZ, zatem trudno racjonalnie przyjąć, że zakres wymagań został określony w oderwaniu od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający w momencie zapoznania się z ofertami złożonymi w postępowaniu i ustaleniem, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą



cenową, unieważnił postępowania, wyjaśniając w swojej decyzji, że chciał zakupić urządzenie drugiego z oferentów. Skoro zatem Zamawiający chciał zakupić konkretne urządzenie, konkretnego producenta z uwagi na specyficzne parametry i potrzeby Zamawiającego, to ustawa Pzp przewiduje w takiej sytuacji udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Rodzi się zatem pytanie w jakim celu Zamawiający wszczął procedurę konkurencyjną i stwarzał pozory konkurencyjności.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie wykazał związku pomiędzy rzekomą wadą w opisie przedmiotu zamówienia, a koniecznością unieważnienia postępowania w momencie jego finalizacji. Teoretyczne argumenty Zamawiającego o tym, iż zostały złożone oferty nieporównywalne, nie stanowi prawidłowej przesłanki do przyjętego przez Zamawiającego sposobu zakończenia postępowania. Po pierwsze, każdy z potencjalnych wykonawców na etapie publikacji SWZ miał możliwość zwrócenia się z wnioskami o wyjaśnienia treści SWZ, gdyby istniały wątpliwości co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Po drugie, Zamawiający jako gospodarz postępowania opisał swoje potrzeby, opis zwarty w SWZ nie budził wątpliwości wykonawców. Przerzucenia na wykonawców na obecnym etapie postępowania negatywnych konsekwencji związanych z rzekomymi wadami w opisie przedmiotu zamówienia jest nieuprawnione i nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie wykazał istotnej wady postępowania, która uzasadniałaby unieważnienie postępowania. Takiej istotności nie sposób przypisać stwierdzeniu, że po złożeniu ofert Zamawiający uznał, że urządzenia oferowane przez Odwołującego nie spełnia jego oczekiwań. Gdyby przyznać podmiotom publicznym tak szerokie uprawnienie do unieważnienia postępowań, to - po pierwsze - przepis art. 255 ustawy Pzp byłby przepisem zbędnym. Przepis ten zaś statuuje wyjątek od zasady zakończenia postępowania

przetargowego poprzez wybór oferty najkorzystniejszej. Jako wyjątek winien być zatem interpretowany rygorystycznie i zawężająco. Po drugie, tak szeroko rozumiane uprawnienia do unieważnienia postępowania stanowiłyby istotne zagrożenia dla rynku zamówień publicznych i działającym na nim podmiotów prywatnych. Podmioty te bowiem pozbawione byłoby jakiegokolwiek pewności co do zakończenia postępowania i uzyskania zamówienia. Zamawiający bowiem na każdym etapie postępowania, zależnie od okoliczności i subiektywnych przekonań, mogliby unieważniać postępowania wskazując na rzekome błędy w opisie swoich wymagań.

Ponadto, Krajowa Izba odwoławcza uznała, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego rzekoma „wada” postępowania uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Zamawiający wskazał, że błąd w opisie przedmiotu zamówienia skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym z błędem w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał swoje potrzeby, zaś wykonawcy złożyli oferty odpowiadające opisanym wymaganiom Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia był dla wykonawców jednoznaczny i wystarczający do złożenia ofert. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający, w celu zastosowania art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, powinien wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym. Zamawiający powinien wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania o koniecznością unieważnienia umowy. Takich informacji Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu postępowania.

Wyrok z dnia 4 stycznia 2023 r., KIO 3441/22

Źródło: www.uzp.gov.pl

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA PRZED UPŁYWEM TERMINU DO SKŁADANIA OFERT, JEŻELI DALSZE PROWADZENIE POSTĘPOWANIA JEST NIEUZASADNIONE

WSKAZANE W INFORMACJI O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA OKOLICZNOŚCI
FAKTYCZNE I PRAWNE MAJĄ ZNACZENIE DLA GRANIC, W JAKICH MOGĄ BYĆ
ROZPOZNANE ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ WNOSZONE WOBEC TEJ CZYNNOŚCI.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 256 ustawy Pzp poprzez wadliwe zastosowanie wskazanej podstawy prawnej unieważnienia postępowania w stosunku do podstawy faktycznej podanej w uzasadnieniu czynności zamawiającego oraz art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 256 ustawy Pzp poprzez zaniechanie spełnienia spoczywającego na zamawiającym obowiązku informacyjnego, polegającego na dokładnym uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: uchylenia czynności unieważnienia postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

Zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o jego unieważnieniu, wskazując jako podstawę prawną podjętej decyzji art. 256 ustawy Pzp, informując, że: „Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Jako uzasadnienie faktyczne wskazał: „Zamawiający unieważnia przetarg ponieważ wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione ze względów ekonomicznych. Zamawiający informuje, że o wszczęciu postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmującego ten sam przedmiot zamówienia zostanie Państwo poinformowani osobnym pismem. Jednocześnie zamawiający informuje, że wobec czynności zamawiającego przysługują wykonawcom środki ochrony prawnej w terminach i zgodnie z zasadami określonymi w Dziale IX PZP”.

Z powyższą decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 23 grudnia 2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający przypomniał treść przepisu art. 256 ustawy Pzp, który w ocenie

zamawiającego miał w niniejszym przypadku zastosowanie, oraz wskazać w jakich okolicznościach faktycznych zamawiający może z tej regulacji skorzystać, podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dostrzec należy, że przepis art. 256 ustawy Pzp jest całkowicie nowym rozwiązaniem, dotychczas nieobecnym w Prawie zamówień publicznych, dającym możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Ustawodawca, wprowadzając przepis art. 256 ustawy Pzp postanowił, że będzie on funkcjonować niezależnie od obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania, wymienionych w art. 255 ustawy Pzp.

Niewątpliwie, z uwagi na redakcję tego przepisu, daje ona zamawiającemu znacznie szersze możliwości działania, gdyż nie wskazuje ściśle jakie to okoliczności muszą ujawnić się, aby zamawiający mógł stwierdzić, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione, co nie oznacza jednak, że przepis ten daje nieograniczone możliwości unieważnienia procedury. Unieważnienie postępowania, nawet na etapie wstępnym, nie powinno następować bowiem w sposób całkowicie dowolny i nieuzasadniony, między innymi ze względu na ochronę interesu wykonawców zainteresowanych postępowaniem. Tym samym powołanie się na powyższy przepis możliwe jest jedynie w sytuacji zaistnienia takiej okoliczności, która powoduje, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Oznacza to, że przywołana przesłanka wymaga zaistnienia: (1) okoliczności (pewnego zdarzenia); (2) okoliczność ta wywołuje określony skutek, konieczne jest zatem zaistnienie związku pomiędzy występującą okolicznością a konsekwencją; (3) niezasadności

prowadzenia dalszego postępowania, która została wywołana na skutek zaistniałej okoliczności. Należy też zauważyć, że możliwość zastosowania art. 256 ustawy Pzp została ograniczona czasowo, gdyż regulacja ta dotyczy sytuacji wystąpienia okoliczności, które będą stanowiły podstawę unieważnienia, co oznacza, że dotyczy wyłącznie takich okoliczności, które ujawniły się w dacie po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy w szczególności podkreślić, że przepis art. 256 ustawy Pzp nie zwalnia zamawiającego z należytej staranności w planowaniu i udzielaniu zamówień publicznych, uzasadnionej ochroną interesu wykonawców. Zamawiający powinien zatem przed wszczęciem postępowania przeprowadzić stosowne analizy, w tym co do tego jaki zakres zamierza zlecić w ramach prowadzonego postępowania i dokonać wyboru odpowiedniego trybu, w jakim to zlecenie nastąpi, mając na uwadze warunki rynkowe i przesłanki udzielenia zamówienia, które mogą w danych okolicznościach mieć zastosowanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest podanie w informacji o unieważnieniu postępowania, podstawy prawnej i faktycznej podjęcia takiej decyzji. Unieważnienie postępowania jest bowiem jednym ze sposobów zakończenia postępowania i należy je traktować jak każdą inną czynność, którą zamawiający wykonuje w toku postępowania, a która podlega kontroli wykonawców. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach wielokrotnie zwracała uwagę, że celem uzasadnienia jest w istocie umożliwienie wykonawcom kontroli czynności zamawiającego. Wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania okoliczności faktyczne i prawne mają znaczenie dla granic, w jakich mogą być rozpoznane środki ochrony prawnej wnoszone wobec tej czynności. Odwołanie jest środkiem ochrony prawnej dotyczącym konkretnej czynności zamawiającego, która została dokonana w danych okolicznościach faktycznych oraz

prawnych i tylko w tych granicach podlega rozpoznaniu. Konsekwencją tego jest brak możliwości podawania przez zamawiającego okoliczności uzasadniających czynność unieważnienia postępowania, które nie zostały wskazane w informacji, przesłanej zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadniając podjętą przez siebie decyzję o unieważnieniu postępowania jako podstawę prawną wskazał art. 256 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ograniczył się z kolei do stwierdzenia, że unieważnia postępowanie ponieważ wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione ze względów ekonomicznych. Należy podkreślić, że takie uzasadnienie, niezwykle lakoniczne, nie niesie za sobą informacji na temat tego co faktycznie leżało u podstaw podjętej decyzji. Z kolei, jak wskazano

powyżej, przepis art. 260 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek nie tylko poinformowania wykonawcy o czynności unieważnienia, ale także sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej czynności. Sporządzenie uzasadnienia faktycznego czynności unieważniania ma doniosłe znaczenie, gdyż w oparciu o ten dokument wykonawcy dowiadują się o motywach, jakie legły u podstaw czynności zamawiającego, a na podstawie argumentacji w nim zawartej podejmują decyzję o skorzystaniu lub nie ze środków ochrony prawnej przysługujących im wobec tej czynności. W niniejszej sprawie tego elementu w ogóle zabrakło w treści uzasadnienia, i już tylko z tego powodu czynność taka, jako wadliwie dokonana, jest nieważna, a odwołanie zasługuje na uwzględnienie.



Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na szczególną rolę jaką ma instytucja uzasadnienia danej czynności, dokonywanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W wyroku TSUE z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, wskazano, iż „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”. Powyższe orzeczenie dotyczyło wprawdzie instytucji uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy, jednakże poglądy tam wyrażone znajdują także zastosowanie do uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący dopiero z treści odpowiedzi na odwołanie był w stanie wywieść, jakie były faktyczne przyczyny podjęcia przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania i do nich się odnieść. Na

rozprawie zamawiający wskazywał jakie były, w jego ocenie, motywy zaskarżonej czynności ujawniając, że przeprowadził szczegółowe analizy finansowe, z których miało wynikać, że korzystniejsze finansowo będzie udzielenie zamówienia spółce komunalnej Zamawiającego, ponieważ oferta, którą uzyskał od spółki jest korzystna finansowo i pozwoli zamawiającemu na znaczne zmniejszenie kosztów, a w konsekwencji nie podnoszenie mieszkańcom stawek za odbiór śmieci.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że owe względy ekonomiczne, na jakie wskazuje zamawiający i fakt uzyskania znacznych oszczędności w przypadku zlecenia usług spółce na obecnym etapie postępowania są niemożliwe do ustalenia. Nie mając bowiem oferty od innych wykonawców, w tym tej, którą złożyłby odwołujący w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, zamawiający nie jest w stanie z całą pewnością stwierdzić, że cena i warunki udzielenia zamówienia, które proponuje spółka są korzystniejsze od tych, które jest w stanie zaproponować mu odwołujący. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby spółka odpowiedziała na ogłoszenie o zamówieniu, złożyła swoją ofertę w postępowaniu, a jeśli istotnie zaoferuje za realizację zamówienia cenę niższą - może zostać wyłoniona jako najkorzystniejsza w drodze przetargu. W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, została dokonana z naruszeniem przepisu art. 256 ustawy Pzp, w związku z czym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Wyrok z dnia 5 stycznia 2023 r., KIO 3454/22

Źródło: www.uzp.gov.pl

ZAWARCIE PRZEZ WYKONAWCĘ Z INNYMI WYKONAWCAMI POROZUMIENIA MAJĄCEGO NA CELU ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI

**DLA WYKAZANIA ZMOWY PRZETARGOWEJ KONIECZNYM JEST,
ABY CAŁOKSZTAŁT OKOLICZNOŚCI SPRAWY POZWALAŁ NA RACJONALNE
I LOGICZNE WYPROWADZENIE WNIOSKU, ŻE DOSZŁO DO ZAWARCIA TAKIEJ ZMOWY.**

Na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.) - w skrócie „u.o.k.k.”, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

- 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów (pkt 1);
- 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji (pkt 2);
- 3) podziale rynków zbytu lub zakupu (pkt 3);
- 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji (pkt 4);
- 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (pkt 5);
- 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem (pkt 6);

- 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (pkt 7).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 u.o.k.k. zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., nie stosuje się do porozumień zawieranych między:

- 1) konkurentami - jeżeli ich łączny udział w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 5%;
- 2) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami - jeżeli udział żadnego z nich w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 10%.

Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 2 u.o.k.k. zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., nie stosuje się również, w przypadku gdy udziały w rynku właściwym określone w art. 7 ust. 1 u.o.k.k. nie zostały przekroczone o więcej niż dwa punkty procentowe w okresie dwóch kolejnych lat kalendarzowych w czasie trwania porozumienia.

Przepisów art. 7 ust. 1 i 2 u.o.k.k. nie stosuje się do przypadków określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7 u.o.k.k. (art. 7 ust. 3 u.o.k.k.).

Na podstawie art. 8 ust. 1 u.o.k.k. zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- 3) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 4) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji

na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w art. 8 ust. 1 u.o.k.k., spoczywa na przedsiębiorcy. Na gruncie ustawy Pzp znaczenia mają porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na zмовie przetargowej - uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.). Porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. określane jest w skrócie jako tzw. zмова przetargowa.

Dla wykazania zмовы przetargowej nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zмовы przetargowej. Zмова przetargowa może mieć charakter porozumienia horyzontalnego (poziomego) tj. zawieranego pomiędzy wykonawcami lub porozumienia wertykalnego (pionowego), tj. zawieranego przez wykonawcę i zamawiającego.

W wyroku z dnia 30 września 2020 r., KIO 1865/20, zwrócono uwagę, że przejawem niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. mogą być przykładowo:

- 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy;
- 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę

najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności;

- 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.);
- 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.);
- 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny,
- 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych;

- 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór.

Dla wykazania zмовы przetargowej koniecznym jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia takiej zмовы. Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na



racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) (zob. wyroki z dnia: 3 marca 2014 r., KIO 309/14), 23 grudnia 2013 r., KIO 2851/13, 15 stycznia 2013 r., KIO 2865/12, 20 marca 2013 r., KIO 517/13).

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06) wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie. (zob. wyrok z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17).

W wyroku z dnia 17 marca 2021 r., I NSKP 4/21, Sąd najwyższy zwrócił uwagę, że „Przyjmuje się, że w przypadku klasycznej zmowy przetargowej przedsiębiorcy podejmują działania umożliwiające im manipulowanie wynikiem procedury zamówieniowej ze szkodą dla konkurencji i dla zamawiającego. Dla osiągnięcia takiego celu przedsiębiorcy mogą stosować wiele technik, takich jak np. składanie ofert pozornych w celu stworzenia iluzji konkurencji, czy manipulowanie już złożonymi ofertami w celu uzyskania z góry ustalonego wyniku postępowania. W każdym z takich przypadków istnieje ryzyko realnego wypaczenia wyniku procedury zamówieniowej (a więc w praktyce wyboru oferty droższej lub mniej korzystnej dla zamawiającego pod innymi względami) właśnie z uwagi na istnienie zmowy pomiędzy

wykonawcami. Bez wątpienia wykazanie zmowy przetargowej jest trudne dowodowo. Stąd przyjmuje się powszechnie (o czym była już mowa), że dla wykazania zawarcia porozumienia w postaci zmowy przetargowej nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem (np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny cel). W przypadku braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia można bowiem uznać za udowodniony, jeżeli badanego postępowania przedsiębiorców nie da się racjonalnie wyjaśnić w inny sposób, aniżeli przez zamiar wypaczenia wyniku przetargu. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się przy tym, że przy ocenie istnienia porozumień przetargowych, jako zakazanych, obowiązują obniżone standardy dowodowe. Dla wykazania antykonkurencyjnej praktyki wystarczające jest ustalenie antykonkurencyjnego celu porozumienia. Innymi słowy, do stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wystarczające jest zatem wykazanie, że celem działań przedsiębiorców było naruszenie konkurencji na rynku (zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. 2008; wyrok Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., III SK 44/13). Trafnie więc Sąd Apelacyjny uznał, że w braku dowodów bezpośrednich istnienia zmowy przetargowej (co jest regułą), można korzystać z domniemań faktycznych, przy czym samo stwierdzenie, iż pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi zbliżoną działalność gospodarczą dochodzi do wymiany informacji przy przygotowywaniu ofert, które zamierzają złożyć w przetargach, nie stanowi jeszcze wystarczającej podstawy do skutecznego postawienia zarzutu udziału w tego rodzaju niedozwolonym porozumieniu.”

W ocenie Sądu Najwyższego „stwierdzenie występowania ścisłych powiązań osobistych i organizacyjnych (przejawiających się choćby korzystaniem z tych samych pomieszczeń i urządzeń biurowych oraz szablonów dokumentów, a także posługiwaniem się identycznymi danymi kontaktowymi) pomiędzy

przedsiębiorcami przystępującymi do tych samych przetargów - bez poczynienia szerszej analizy w kontekście całokształtu okoliczności sprawy - *per se* nie pozwala na przypisanie przedsiębiorcom zarzutu udziału w niedozwolonej zмовie przetargowej. Okoliczności te w danym przypadku mogą wskazywać jedynie na prawdopodobieństwo niedozwolonej wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych i mogą sugerować, że przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności uzasadnione jest podejrzenie naruszenia prawa konkurencji. Także zachowanie przedsiębiorców we wcześniejszych postępowaniach przetargowych może stanowić tylko jedną z okoliczności faktycznych mających znaczenie dla ustalenia zaistnienia zмовы przetargowej, ale z pewnością nie może stanowić samodzielnej przesłanki do uznania jej istnienia w danym postępowaniu przetargowym. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie można w tym przypadku stosować automatyzmu. Wręcz przeciwnie, w sprawach z zakresu ochrony konkurencji każdorazowo konieczne jest szczegółowe zbadanie przez sąd całokształtu okoliczności faktycznych danej sprawy. Przy tym, wszelkie wątpliwości sądu dotyczące naruszenia reguł konkurencji (zgodnie ze standardami obowiązującymi w prawie unijnym) powinny być rozpatrywane na korzyść przedsiębiorców będących adresatem decyzji stwierdzającej naruszenie. Należy zatem przyjąć, iż jeśli sąd dojdzie do wniosku, że istnieje inne spójne i racjonalne wyjaśnienie analizowanego zachowania przedsiębiorców, wskazujące (lub mogące wskazywać) na działanie w granicach reguł konkurencji (tak jak miało to miejsce w rozpoznawanej sprawie), to sąd nie może dojść do wniosku, że organ wykazał istnienie danego naruszenia w stopniu wystarczającym pod względem prawnym."

W wyroku z dnia 13 lipca 2018 r., KIO 1279/18, skład orzekający uznał, że „Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem nie ma żadnego znaczenia forma porozumienia, które może być pisemne, ustne, a nawet

dorozumiane. Wystarczające jest, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji [wyrok Sądu Okręgowego w W. z 27 kwietnia 2011 r., XVII AmA 44/09)}. Także w orzecznictwie unijnym wskazuje się na ten aspekt [wyrok sądu w sprawie T-7/89 SA Hercules Chemicals NV p-ko Komisji, wyrok sądu w sprawie T-305/94 NV Limburgse Winył Maatschappij p-ko Komisji].

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zмовы przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) [tak w wyrokach: z dnia 3 marca 2014 r., KIO 309/14, z dnia 23 grudnia 2013 r., KIO 2851/13, z dnia 15 stycznia 2013 r., KIO 2865/12 i dnia 20 marca 2013 r., KIO 517/13].

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06 uznał, że „sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie."

W wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r., VI ACa 651/15, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził

istnienie „zmony przetargowej”, bowiem doszedł do przekonania, że celem porozumienia spółek tworzących konsorcjum był terytorialny podział rynku pomiędzy dwóch największych odbiorców odpadów komunalnych, a nie kumulacja potencjałów i kooperacja w ramach konsorcjum. Każda ze spółek, biorących udział w porozumieniu spełniała wszystkie wymogi określone w SIWZ, a złożenie odrębnych ofert nie przekraczało możliwości finansowych i organizacyjnych żadnej z nich. W uzasadnieniu tego orzeczenia sąd wskazał, że „zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi - ze szkodą dla zamawiającego”.

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie, aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmony, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmony przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis

art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.” (zob. wyrok z dnia 24 czerwca 2022 r., KIO 1529/22).

W wyroku z dnia 15 marca 2022 r., KIO 279/22, uznano, że ocena zmony przetargowej nie musi opierać się na bezpośrednich dowodach, gdyż bez posiadania uprawnień właściwych organom ścigania, częstokroć nie ma możliwości ich uzyskania. W związku z tym, przy ocenie czy w danej sprawie doszło do porozumienia noszącego znamiona zmony przetargowej wystarczy uprawdopodobnić, że takie porozumienie miało miejsce. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poszlaki mogą być wystarczające do uznania złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, o ile wystąpią one „w odpowiednich wadze i ilości” - powstaje wówczas domniemanie faktyczne wstąpienia zmony stanowiące podstawę do odrzucenia oferty (tak m.in. wyrok z dnia 20 marca 2013 r., KIO 517 /13).

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba



że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Stosownie do art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje, w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

W wyroku z dnia 19 stycznia 2022 r., KIO 3745/21, skład orzekający uznał, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp „stanowi sankcję za wszelkie praktyki polegające na porozumieniu się wykonawców, najczęściej w celu manipulacji wynikiem postępowania, chodzi zatem o przypadki porozumień i zmów przetargowych naruszających uczciwą konkurencję. Najczęściej będą to wszystkie działania zmierzające do wyboru oferty jednego z wykonawców pozostających w zмовie, jednakże możliwe są także porozumienia mające na celu eliminację innego wykonawcy z postępowania. Co istotne, wykluczeniu z postępowania podlega każdy uczestnik takiego porozumienia biorący udział w postępowaniu, a nie tylko ten, który może uzyskać zamówienie lub może nieuczciwie doprowadzić do ograniczenia konkurencji. Aby zamawiający był uprawniony wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zgodnie z dyspozycją tego przepisu, będzie zobowiązany stwierdzić zawarcie porozumienia na podstawie wiarygodnych przesłanek.”

W wyroku z dnia 7 lutego 2022 r., KIO 110/22, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowiska wyrażone w wyrokach z dnia 6 września 2021 r., KIO 2254/21, KIO 2255/21, KIO 2258/21, z dnia 7 lipca 2021 r., KIO 1640/21 i z dnia 12 marca 2021 r., KIO 573/21, zgodnie z którymi ustawodawca nie uzależnił ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie „zmowy przetargowej”. Gdyby tak było, ustawodawca wyraźnie wskazałby to w treści przepisu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podstawą wyliczenia 3-letniego okresu eliminacji z rynku

zamówień publicznych powinien być zatem moment, w którym doszło do zмовy przetargowej. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację Przystępującemu, że nie należy uzależniać biegu 3-letniego okresu z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp od wydania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, gdyż decyzja taka jest zaskarżalna i nife wiadomo po jakim czasie stanie się ostateczna. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce w sytuacji, gdy sam zamawiający stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia, a zatem nie jest konieczne potwierdzenie wystąpienia powyższych okoliczności przez inny organ.”

W wyroku z dnia 23 czerwca 2022 r., KIO 1457/22, wskazano, że „art. 110 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje możliwość samooczyszczenia wykonawcy m.in. w sytuacji, gdy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Aby jednak instytucja samooczyszczenia mogła znaleźć zastosowanie, niezbędne jest stwierdzenie przez zamawiającego, że doszło do zawarcia między wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Po takiej decyzji zamawiającego, wykonawca ubiegając się o kolejne zamówienia jest uprawniony do przyznania, że podlega wykluczeniu i podjęcia próby wykazania, że przedsięwziął niezbędne środki zmierzające do usunięcia skutków zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia oraz wdrożył środki zapobiegające wystąpieniu takich zdarzeń w przyszłości.”

AKTUALNOŚĆ PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH

ZAMAWIAJĄCY MUSI MIEĆ MOŻLIWOŚĆ ZAPOZNANIA SIĘ Z PRZEDMIOTOWYMI ŚRODKAMI DOWODOWYMI JUŻ NA ETAPIE BADANIA OFERTY, A NIE DOPIERO NA ETAPIE WERYFIKOWANIA PODMIOTOWEGO WYKONAWCY, KTÓREGO OFERTA ZOSTAŁA NAJWYŻEJ OCENIONA.

W wyroku z dnia 8 marca 2023 r., KIO 482/23, zwrócono uwagę na różnice redakcyjne w treści art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w stosunku do przepisów i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że art. 107 ustawy Pzp nie odwołuje się do aktualności dokumentów przedmiotowych składanych przez wykonawcę w wyniku wezwania do uzupełnienia, jak to ma miejsce w art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Kierując się celem, jakiemu służy instytucja przedmiotowych środków dowodowych, jak również celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy kształtowaniu treści ustawy Pzp - Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że możliwe jest przedstawienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, o ile uzupełnione dokumenty potwierdzają prawdziwość pierwotnych oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie.

Wskazać należy, że w myśl definicji zawartej w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Celem złożenia przedmiotowych

środków dowodowych jest zatem potwierdzenie, że oferowany produkt (przedmiot świadczenia) jest zgodny z ustalonymi wymaganiami i że taki właśnie produkt zamawiający otrzyma w ramach realizacji zamówienia. Ustawodawca w sposób jednoznaczny wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dysponować dokumentacją potwierdzającą spełnienie wymagań Zamawiającego wskazanych w SWZ. Takie stanowisko wynika również z uzasadnienia rządowego projektu ustawy Pzp: „przedmiotowe środki dowodowe są środkami służącymi zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty. Oznacza to, że zamawiający musi mieć możliwość zapoznania się z nimi już na etapie badania oferty, a nie dopiero na etapie weryfikowania podmiotowego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W takim bowiem przypadku może się okazać, że po wyborze oferty najwyżej ocenionej zajdzie konieczność jej odrzucenia na podstawie niezgodności z dokumentami zamówienia. Z tego tytułu na gruncie art. 107 ust. 1 ustawy Pzp ustanowiono nową regulację dotyczącą składania przedmiotowych środków dowodowych odmienną od tej, która dotyczy obowiązku składania środków podmiotowych. Zamawiający żąda bowiem złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. Ustawodawca zdecydował się zatem na

określenie wcześniejszego momentu składania przedmiotowych środków dowodowych w stosunku do podmiotowych środków dowodowych, ponieważ mają one zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości oferty w jej warstwie merytorycznej i ustalenia, który z wykonawców powinien zostać poddany kwalifikacji podmiotowej jako ten, którego ofertę oceniono najwyżej. I o ile ustawodawca dopuścił możliwość uzupełnienia takich przedmiotowych środków dowodowych, to uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać stan na moment złożenia oferty." (Druk sejmowy nr 3624 źródło: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>).

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „przyjęcie odmiennej interpretacji stałoby w oczywistej sprzeczności z art. 16 ustawy Pzp i wynikającej z niej zasady równego traktowania wykonawców. Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że dopuszczenie, iż „wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego oferują produkt, którego parametrów nie może potwierdzić na moment złożenia oferty z uwagi na brak stosownej certyfikacji, natomiast może brak taki usunąć przez swego rodzaju „konvalidację” na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i uzyskanie wymaganych dokumentów po terminie składania ofert byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.” Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „każdy z wykonawców jest zobowiązany złożyć ofertę zgodną z postanowieniami SWZ oraz potwierdzić zgodność oferowanych produktów w sposób wymagany przez zamawiającego na moment złożenia oferty.”

Źródło: www.uzp.gov.pl



PRYZNAWANIE PUNKTÓW WYŁĄCZNIE ZA OFEROWANE MATERIAŁY ZALECANE PRZEZ PRODUCENTA URZĄDZEŃ

**ZASADA UCZCIWEJ KONKURENCJI WPROWADZA TYMCZASEM ZAKAZ
DISKRYMINACJI LUB FAWORYZOWANIA ZARÓWNO WYKONAWCÓW,
JAK I PRODUKTÓW, W RAMACH OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA,
A TAKŻE OPISU KRYTERIÓW OCENY OFERT.**

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia przedmiotem zamówienia była dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i kolorowych atramentowych urządzeń wielofunkcyjnych. Materiały eksploatacyjne i urządzenia wielofunkcyjne musiały być produktami nowymi, do wytworzenia których zastosowano nieużywane wcześniej części i komponenty, kompatybilne z urządzeniami, do których są przeznaczone o parametrach niepowodujących utraty gwarancji urządzeń, w których będą zastosowane tzn. materiał eksploatacyjny fabrycznie nowy mający od producenta (dystrybutora) urządzeń zgodę na ich stosowanie, do których są przeznaczone w zakresie pojemności, wydajności, jakości wydruku. Zapakowane w oryginalne opakowania producenta z widocznym logo, symbolem produktu, nazwą producenta, typem urządzenia do którego są przeznaczone i terminem przydatności do użytku.

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierował się między innymi kryterium rodzaju materiałów

eksploatacyjnych - ilości oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urządzeń. W postępowaniu kryterium jakościowe „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” było kluczowe i stanowiło 60% wagi wszystkich kryteriów. Pozostałe kryteria to cena - 30% oraz termin realizacji - 10%.

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o podanie podstawy faktycznej oraz prawnej, w oparciu o którą w przedmiotowym postępowaniu ustanowione zostały ww. kryteria oceny ofert, Zamawiający wyjaśnił, że: w tym jak również wcześniej prowadzonych postępowaniach na zakup materiałów eksploatacyjnych stosuje jako pozacenowe kryterium oceny ofert rodzaj materiałów eksploatacyjnych, które pozwalają Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty, która obejmuje swoją treścią przedmiot zamówienia o najlepszych parametrach jakościowych. Stosowanie materiałów eksploatacyjnych innych niż rekomendowane przed producenta urządzeń drukujących w ubiegłych latach przyczyniło się do

zwiększonej częstotliwości awarii drukujących urządzeń komputerowych. Powodowało to przerwy w pracy tych urządzeń oraz dodatkowe wydatki budżetowe na usuwanie awarii oraz co gorsze utratę gwarancji. Zamawiający dodatkowo punktując produkt oryginalny chce w szczególności uniknąć takich sytuacji jak: utrata gwarancji producenckiej na urządzenie, odpłatna naprawa, obciążenie kosztami naprawy Wykonawcy, który zaoferował zamienniki, przerzucanie odpowiedzialności za powstałe uszkodzenia pomiędzy producentem urządzenia a oferentem zamiennika, wydłużanie terminów naprawy i podnoszenie jej kosztów – również pośrednich. Zamawiający był zatem uprawniony do takiego sformułowania kryteriów oceny ofert w zakresie jakości, aby sprzyjać otrzymaniu produktu w pełni kompatybilnego z posiadanymi urządzeniami. Następnie Zamawiający wskazał, że jego zdaniem kryterium pozacenowe - rodzaj materiałów eksploatacyjnych o wadze 60% nie dyskryminuje produktów równoważnych oraz nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający opisując kryterium jakościowe - rodzaj materiałów eksploatacyjnych - uznał za „oryginał” produkt spełniający poniższe warunki: fabrycznie nowy, wyprodukowany przez producenta sprzętu do którego jest przeznaczony o parametrach nie powodujących utraty gwarancji, posiadający atest oficjalnego dystrybutora urządzeń na Polskę i spełniający wszystkie wymagania określone przez producenta urządzeń w których materiały będą zastosowane, opatrzone w logo producenta sprzętu, do którego są przeznaczone, zapakowane w oryginalne opakowania.

Jednocześnie Zamawiający uznał, iż powyższe warunki „oryginału” spełniają „jakościowo równoważne materiały eksploatacyjne dedykowane przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego w przypadku: materiałów specjalnego przeznaczenia - sublimacyjne, termotransferowe, a także materiałów, których oryginalny producent nie produkuje (nie sprzedaje) lub zakończył już produkcję (starsze modele urządzeń drukujących)”.

W ocenie Zamawiającego należało uznać, iż opisane kryterium jakościowe „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” zapewniło dopuszczenie składania ofert, których przedmiotem są materiały eksploatacyjne wyprodukowane zarówno przez producenta urządzenia, jak i przez wytwórców alternatywnych, którzy oferują materiały równoważne (zamienniki) dla oryginalnych produktów pod warunkiem dedykowania ich przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego, co zaprzecza twierdzeniom Wykonawcy o dyskryminacji produktów równoważnych.

W ocenie Zamawiającego oceny ofert w zakresie kryterium jakościowego - „rodzaj materiału eksploatacyjnego” - nie zostało ukształtowane na zasadzie dowolności i nie powoduje naruszenia zasad udzielenia zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający dokonując oceny ofert wziął pod uwagę również materiały równoważne (zamienniki) dla oryginalnych produktów pod warunkiem dedykowania ich przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zgodnie z treścią art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i

przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Zgodnie natomiast z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiając weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach. Przykładowe kryteria oceny ofert zostały wskazane w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, który nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, nie oznacza to dowolności w kształtowaniu tych kryteriów, które powinny być ustalone z poszanowaniem określonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, tj. ograniczenia, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że przepis art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, „że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. Oznacza to, że kryteria oceny ofert nie mogą być kształtowane na zasadzie dowolności i

podlegają ograniczeniom wynikającym z zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający jako gospodarz postępowania, może zatem dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Zamawiający podlega jednak ograniczeniom wynikającym z określonych w art. 16 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Troska Zamawiającego o uzyskanie zamówienia o najwyższej jakości, zasługuje na pełną aprobatę, jednakże nie usprawiedliwia promowania produktów pochodzących od konkretnych producentów. Jakość zamawianych materiałów może i powinna być przez Zamawiającego promowana poprzez ocenę konkretnych cech czy właściwości zamawianych produktów, nie zaś przez wskazanie, że produkty określonego pochodzenia uzyskują dodatkowe punkty, podczas gdy produkty pochodzące od innych producentów takich punktów nie otrzymają, niezależnie od tego, czy faktycznie są produktami gorszej jakości czy niespełniającymi konkretnych oczekiwań. Zgodnym z ustawą wyrazem dążenia do zapewnienia należytej jakości przedmiotu zamówienia byłoby odwołanie się w kryteriach oceny ofert do określonych właściwości materiałów, na których Zamawiającemu zależy, a ewentualny wpływ na awaryjność sprzętu mógłby być brany pod uwagę przy ocenie konkretnych produktów pod kątem spełniania określonych w SIWZ oczekiwań Zamawiającego. Odnosząc się do art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż cechy techniczne, czy jakościowe, czy też

eksploatacyjne lub środowiskowe w ogóle w tym kryterium nie są brane pod uwagę. Jedynym aspektem, który ma znaczenie przy ocenie tego kryterium jest to czy dany materiał jest zalecany przez producenta, co w praktyce oznacza, że jest materiałem oryginalnym producenta. Zatem każdy inny materiał eksploatacyjny, choćby posiadający identyczne cechy z materiałem eksploatacyjnym producenta, będzie materiałem niepreferowanym przez Zamawiającego. Tym samym należy uznać, że ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert faktycznie faworyzuje określoną grupę dostawców, tj. firmy producenckie i ich dystrybutorów, a równocześnie te same kryteria stawiają w gorszej sytuacji wykonawców oferujących rozwiązania takie same lub lepsze, ale nie rekomendowane przez producentów urządzeń drukujących.”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

zwrócił uwagę, że „Wykonawca, który zdecydowałby się na zaoferowanie wyłącznie materiałów równoważnych nie miałby nawet matematycznych szans, żeby uzyskać przedmiotowe zamówienie, gdyż łącznie mógłby uzyskać jedynie 40 pkt: 30 pkt w kryterium cenowym oraz 10 pkt w kryterium terminu realizacji. W konsekwencji jedynie w przypadku wykluczenia wszystkich wykonawców, którzy zaoferowali produkty rekomendowane przez producenta urządzeń drukujących lub w przypadku odrzucenia wszystkich ofert takich wykonawców, możliwy byłby wybór oferty wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą równoważne materiały eksploatacyjne.”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał również, że „Opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu nie eliminował wprawdzie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia



publicznego wykonawców, którzy zamierzali zaoferować produkty nierekomendowane przez producenta urządzeń, ale zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zostały zachowane tylko pozornie. Zastosowane kryterium oceny ofert powodowało bowiem, że tacy wykonawcy otrzymywaliby znacząco mniejszą liczbę punktów w ramach kryterium pozacenowego „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, co jak to zostało wskazane powyżej dawało znikomą szansę na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej. Co więcej Zamawiający za pomocą ustanowionego kryterium nie weryfikował obiektywnych cech przedmiotu zamówienia, które mogą przełożyć się na korzystniejsze warunki wykonania umowy. Kryterium to nie służyło zatem wyborowi oferty obiektywnie najkorzystniejszej, natomiast miało na celu eliminację konkretnych produktów czy też produktów konkretnego pochodzenia, w tym przypadku produktów, które nie są „oryginalne”, tzn. zalecane przez producentów urządzeń drukujących. Reasumując, Zamawiający ustanawiając jakościowe kryterium oceny ofert „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60% w sposób faworyzujący materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie ofertom punktów za materiały dedykowane przez producenta „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne, bez badania i oceny cech tych materiałów pozbawił możliwości uzyskania zamówienia wykonawców oferujących materiały równoważne spełniające wszystkie opisane w dokumentacji postępowania wymagania, czym naruszył art. 16 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, co w

przedmiotowej sprawie miało wpływ na wynik postępowania.”

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i w dniu 17 marca 2022 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej.

W zastrzeżeniach Zamawiający podkreślił, że przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że w postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców. Ponadto, dzięki zastosowanej metodzie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie produktów referencyjnych i z dopuszczeniem złożenia rozwiązań, Zamawiający nie tylko opisał przedmiot zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ale także zapewnił przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że „Umknął uwadze w toku kontroli fakt, że w tym konkretnym postępowaniu zamawiający nabywał materiały eksploatacyjne do urządzeń 16 producentów w tym: BROTHER, CANON, EPSON, HP, KONICA, MINOLTA, KYOCERA, LEXMARK, OKI, OLIVETTI, PANASONIC, RICOH, SAMSUNG, SHARP, TOSHIBA, XEROX czy ZEBRA. Konkurować o zamówienie można było wszystkimi materiałami eksploatacyjnymi zarówno referencyjnymi jak równoważnymi i żadna z ofert z tego powodu nie podlegała odrzuceniu. To, że nie wszystkie oferowane Zamawiającemu produkty mogły otrzymać

punkty w ramach kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” nie oznacza dyskryminacji. Postępowanie to ze względu na różnorodność wymaganych materiałów eksploatacyjnych, było skierowane przede wszystkim do dostawców materiałów eksploatacyjnych różnych wytwórców. Te zaś podmioty dysponują dostępem do właściwie nieograniczonej liczby produktów praktycznie wszystkich producentów. Poszczególni producenci sprzętu i urządzeń związanych z szeroko rozumianym drukowaniem, ograniczają się do sprzedaży swoich produktów, a nie sprzedaży produktów firm konkurujących z tym podmiotem. W związku z tym każdy wykonawca składając ofertę w postępowaniu wedle swojego uznania mógł zaproponować materiały oryginalne lub materiały innych producentów. Była to samodzielna decyzja biznesowa wykonawcy, który mógł przede wszystkim chcieć zaoferować niższą cenę zyskując punkty w kryterium ceny, ale tracąc je w kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”. Wykonawca mógł jednak zaryzykować i kosztem utraty punktów w kryterium „cena” zyskać ich większą ilość w kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”. Prawidłowość zastosowanej strategii zakupowej można zweryfikować dopiero po zakończeniu postępowania. Reguły gry, określone przez Zamawiającego, były znane wszystkim wykonawcom od dnia upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ i zapewniały one zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również przejrzystość i proporcjonalność postępowania. Wyrazem tego był fakt, że żaden z wykonawców na żadnym etapie postępowania nie skorzystał ze środków ochrony prawnej, co pośrednio

dowodzi prawidłowości działania Zamawiającego.”

W ocenie Zamawiającego, nie został naruszony art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ „kryterium rodzaj materiałów eksploatacyjnych o wadze 60% po pierwsze nie pozostawiał Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż w sposób obiektywnie weryfikowalny każdy wykonawca był jednakowo, wg wzoru matematycznego oceniony w tym kryterium. Co więcej zastosowany wzór uwzględniający rodzaj materiałów eksploatacyjnych pozwalał każdemu podmiotowi uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zapoznanie się ze sposobem oceny ofert w ramach tego kryterium. Działania Zamawiającego czyniły zadość wskazówkom zawartym w orzeczeniu TSUE z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10.

Zastosowane kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” jest w pełni zgodne z wytycznymi TSUE. Po pierwsze, kryterium jest obiektywne, bowiem odnosi się do rodzajowej cechy jaką ma materiał eksploatacyjny, w dodatku cechy, którą wskazuje wykonawca, a Zamawiający tylko weryfikuje. Po drugie, oceniana jest cecha materiału eksploatacyjnego, a więc kluczowego elementu przedmiotu zamówienia, w związku z czym pozwala Zamawiającemu ocenić poziom oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, o czym stanowi art. 240 ust. 2 ustawy Pzp. Po trzecie, wszystkie podmioty w tym wszyscy wykonawcy zostali o tym kryterium, jego znaczeniu (wadze) i sposobie oceny odpowiednio poinformowani i mogli się z ich dokładnym zakresem i rozumieniem zapoznać, gdyż było to

opisane w SWZ. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, iż w postępowaniu nie wniesiono odwołania na treść SWZ ani na treść ogłoszenia o zamówienia ani nie wniesiono odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty. Świadczyć to może o tym, że wykonawcy mieli wiedzę o zasadach składania ofert, oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty i że reguły te były w pełni obiektywne i weryfikowalne."

Zdaniem Zamawiającego nie znajdował także podstaw prawnych i faktycznych zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 w związku z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast „Za nieuprawnione należy uznać pogląd wyrażony w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 7 marca 2022 r., że: "(...) przez przyznanie 60% punktów za sam fakt zaoferowania produktów rekomendowanych przez producenta sprzętu, odwołano się tak naprawdę do parametru nie mającego nic wspólnego z jakością produktu ani żadną jego cechą. Nie ma zatem żadnego obiektywnego uzasadnienia dla premiowania produktów oryginalnych, w sytuacji gdy produkty zamienne są w istocie równoważne „oryginałom”. Gdyby przyjąć powyższy sposób rozumowania należałoby podważyć całą treść ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych dotyczącą przedmiotowych środków dowodowych dotyczących żądania dołączenia etykiet (art. 104 ustawy), żądania dołączenia certyfikatów do oferty (art. 105 ustawy) i znacznej części podmiotowych środków dowodowych, które nie wprost, i to w zakresie częściowym potwierdzają pewne wybrane cechy przedmiotowe oferowanej dostawy, usługi lub roboty budowlanej bądź wybrane właściwości podmiotowe Wykonawcy np. zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego itp."

Zdaniem Zamawiającego „Nie jest niczym uzasadnione twierdzenie, że rekomendowane przez producenta sprzętu materiały eksploatacyjne nie mają nic wspólnego z jakością produktu ani żadną jego cechą. Z wiedzy posiadanej przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, że rekomendacje producenta urządzenia są przyznawane produktom umożliwiającym prawidłowe, ciągłe i efektywne działanie. Podstawą tych rekomendacji są cechy techniczne, cechy jakościowe i warunki eksploatacyjne. Pogląd wyrażony w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 marca 2022 r., kłóci się z wiedzą i doświadczeniem, dostępnymi uczestnikom wymiany gospodarczej. W każdym przypadku, sposób oceny w ramach kryterium oceny ofert, należy dostosować do przedmiotu zamówienia i powinien on być pochodną tego, jak zmierzyć jakość w przypadku materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. W żadnym miejscu Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 marca 2022 r. nie stwierdzono, aby kryterium rodzaj materiałów eksploatacyjnych, było kryterium nie związanym z przedmiotem zamówienia. Dla zrozumienia specyfiki udzielania zamówień na dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, kluczowe znaczenie ma fakt, iż materiał eksploatacyjny stanowi niewielki element całego złożonego urządzenia, którego funkcją jest zapewnianie druku czy powielania treści w wersji papierowej. Opisanie dokładnych wymiarów, kształtu, budowy, użytego materiału do wykonania materiałów eksploatacyjnych dla ogromnej ilości urządzeń będących w posiadaniu zamawiającego nie jest obiektywnie możliwe, gdyż dane te są niedostępne dla żadnego Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający - tak jak ma to miejsce

w tym konkretnym postępowaniu - nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” można opisać przedmiot zamówienia poprzez wskazania, o których mowa w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp. Z tych samych względów ten „aspekt oferowanego przedmiotu zamówienia” podlegał ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Co więcej w systemie zamówień publicznych taka okoliczność, stanowi uzasadnioną podstawę rezygnacji z postępowania konkurencyjnego i umożliwia zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.”

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ - wbrew stwierdzeniom zawartym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej - zastosował kryterium oceny ofert i jego opis nie pozostawiający Zamawiającemu nie tylko nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty,

ale przez to że jest warunkowany danymi podanymi przez wykonawcę, które następnie podstawia się do wzoru, ma cechy pełnego obiektywizmu. Ponadto, zastosowane wyżej kryterium oceny ofert umożliwia weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, co wypełnia dyspozycję art. 240 ust. 2 ustawy Pzp.”

Zamawiający nie podzielał także zawartego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej zarzutu naruszenia art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przywołany przepis wymienia i to nie enumeratywnie katalog kryterium oceny ofert, czego potwierdzeniem jest użycie w tym uregulowaniu zwrotu „w szczególności”, a ponadto z tego przepisu w żaden sposób nie wynika, że kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” jest nieprawidłowe.” Celem zaś Zamawiającego jest wybór najkorzystniejszej oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, zgodnie z zasadą efektywności o której



mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to jest najlepszą jakością dostaw, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 16 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na określenie w dokumentach zamówienia kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60%, które faworyzuje materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne, co faktycznie pozbawiło wykonawców oferujących materiały inne niż pochodzące od określonych producentów możliwości konkurowania o udzielenie zamówienia, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający mimo, że zapewnił dostęp do zamówienia szerokiej liczbie wykonawców zajmujących się dystrybucją wyłącznie oryginalnych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, to poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert będących przedmiotem kontroli, doprowadził do sytuacji, w której opis kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” dyskryminował cały segment produktów w postaci materiałów eksploatacyjnych równoważnych materiałom rekomendowanym przez producenta urządzenia. W praktyce takie kryterium oceny ofert wyłączało możliwość konkurowania o uzyskanie zamówienia wszystkim wykonawcom, których

działalność opiera się w dużej mierze na dystrybucji materiałów eksploatacyjnych zamiennych równoważnych materiałom rekomendowanym przez producenta urządzenia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił również uwagę, że „Zasada uczciwej konkurencji wprowadza tymczasem zakaz dyskryminacji lub faworyzowania zarówno wykonawców, jak i produktów, w ramach opisu przedmiotu zamówienia, a także opisu kryteriów oceny ofert. Okoliczność, iż opis kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” nie wyłącza możliwości zaoferowania materiałów równoważnych nie przesądza ostatecznie, że kryterium to nie narusza zasady uczciwej konkurencji. W okolicznościach niniejszej sprawy, co zostało wykazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, sposób sformułowania kryterium ograniczył możliwość konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami poprzez daleko idącą dyskryminację tańszych produktów, które nie posiadają rekomendacji producenta urządzeń, choć są względem nich równoważne pod względem możliwości zastosowania. O powyższym świadczy fakt, że spośród 5 ofert, które wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu tylko oferta jednego Wykonawcy obejmowała materiały eksploatacyjne równoważne i jak już zostało wykazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej mimo zdecydowanie najniższej ceny została pod względem punktowym zdeklasowana przez pozostałe oferty, które obejmowały wyłącznie oryginalne materiały eksploatacyjne.”

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający pominął fakt, że „zastosowany system przyznawania punktów wyłącznie za oferowane materiały

oryginalne spowodował, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, wobec wag pozostałych kryteriów oceny ofert, wykonawcy oferujący materiały równoważne nie mogli faktycznie rywalizować z wykonawcami oferującymi wyłącznie materiały pochodzące od producenta urządzeń, co zostało już wykazane w uzasadnieniu Informacji o wyniku kontroli doraźnej. (...) Art. 242 ust. 2 ustawy Pzp nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, nie oznacza dowolności w kształtowaniu tych kryteriów. Kryteria powinny być ustalane z poszanowaniem określonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, tj. ograniczenia, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego."

Po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustalenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przyjęła za własne.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „wbrew twierdzeniom Zamawiającego, naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zostało stwierdzone w związku z art. 240 ust. 2 oraz 242 ust. 2 ustawy Pzp i polegało na opisanu w dokumentach zamówienia kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60% w sposób faworyzujący materiały konkretnego pochodzenia przez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne.

Powyższe doprowadziło do pozbawienia wykonawców oferujących materiały inne niż pochodzące od określonych producentów możliwości konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert faktycznie faworyzuje określoną grupę dostawców, tj. firmy producenckie i ich dystrybutorów, równocześnie stawiając w gorszej sytuacji wykonawców oferujących rozwiązania takie same lub lepsze, ale nie rekomendowane przez producentów urządzeń drukujących."

W ocenie Krajowa Izba Odwoławcza „Jak słusznie zauważył kontrolujący, zastosowany system przyznawania punktów wyłącznie za oferowane materiały oryginalne spowodował, że w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec wag pozostałych kryteriów oceny ofert, wykonawcy oferujący materiały równoważne nie mogli faktycznie rywalizować z wykonawcami oferującymi wyłącznie materiały pochodzące od producenta urządzeń.” Skład orzekający podzielił stanowisko prezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, że „sposób w jaki Zamawiający opisał kryterium dotyczące jakości „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż cechy techniczne, czy jakościowe, czy też eksploatacyjne lub środowiskowe w ogóle w tym kryterium nie są brane pod uwagę. Jedynym aspektem, który ma znaczenie przy ocenie tego kryterium jest to czy dany materiał jest wyprodukowany ewentualnie dedykowany przez producenta, co w praktyce oznacza, że jest materiałem oryginalnym."

Krajowa Izba Odwoławcza oceniła, że „jakkolwiek troska Zamawiającego o uzyskanie zamówienia o najwyższej jakości zasługuje na pełną aprobatę, nie może ona stanowić usprawiedliwienia dla promowania materiałów konkretnego pochodzenia przez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały oryginalne przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne. Jakość zamawianych materiałów może i powinna być przez Zamawiającego promowana przez ocenę konkretnych cech czy właściwości zamawianych produktów, nie zaś przez wskazanie, że jedynie produkty oryginalne uzyskują dodatkowe punkty, podczas gdy produkty równoważne takich punktów nie otrzymają, niezależnie od tego, czy faktycznie są produktami gorszej jakości czy niespełniającymi konkretnych oczekiwań. Zgodnym z ustawą Pzp wyrazem dążenia do zapewnienia należytej jakości przedmiotu zamówienia byłoby więc odwołanie się w kryteriach oceny ofert do określonych właściwości materiałów, na których Zamawiającemu zależy.”

Krajowa Izba Odwoławcza nie kwestionowała „prawa Zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie Zamawiającego wynika z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, który - nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty - zezwala na ich dowolne ustalenie. Jednakże w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Zasada

powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz określeniu kryteriów oceny ofert w sposób nieprowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, takiego, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. W doktrynie uznaje się, iż zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Kryteria oceny ofert formułowane w postępowaniu nie powinny więc ograniczać możliwości konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami przez dyskryminację tańszych produktów, które nie posiadają rekomendacji producenta urządzeń, choć są względem nich równoważne pod względem możliwości zastosowania. W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie, gdyż doszło do naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Uchwała z dnia 8 kwietnia 2022 r., KIO/KD 13/22

SKUTECZNE UMOCOWANIE PEŁNOMOCNIKA

**UDZIELENIE PEŁNOMOCNICTWA STANOWI PRZYKŁAD CZYNNOŚCI
UPOWAŻNIAJĄCEJ, W WYNIKU KTÓREJ OSOBA UMOCOWYWANA UZYSKUJE
KOMPETENCJĘ (UMOCOWANIE) DO DZIAŁANIA W IMIENIU MOCODAWCY.**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej stwierdził naruszenie między innymi art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy (...) Spółka Jawna do uzupełnienia pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie dotyczącym naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że: „W kontrolowanym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę (...) Spółka Jawna. Oferta złożona przez tego wykonawcę wraz z załącznikami, tj. JEDZ, wypełnionymi przedmiarami robót została podpisana przez Pana P.J. D. Do oferty dołączono również pełnomocnictwo do działania w imieniu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu udzielone przez dwóch wspólników spółki uprawnionych do jej reprezentowania zgodnie z informacją z rejestru Przedsiębiorców KRS - Pana P.A. B. oraz Pana S.M. B. Formularz ofertowy oraz wszystkie załączniki zostały złożone w formie elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podpisy każdej z osób zawierają również datę i czas ich złożenia. Po analizie złożonych podpisów stwierdzono w toku kontroli, że dokumenty: formularz oferty, pliki zawierające wypełnione przedmiary robót oraz JEDZ zostały podpisane przez Pana P. J. D. przed udzieleniem mu pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo zostało podpisane przez dwóch wspólników w dniu 9 maja 2022 r. o godz. 16:09 i 16:10. Natomiast formularz ofertowy został

podpisany o godz. 16:05, JEDZ o godz. 16:03, pliki zawierające wypełnione przedmiary robót zostały podpisane o godz. 16:04 i 16:05 - w dniu 9 maja 2022 r. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zobligowany jest do badania złożonych ofert pod względem zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innymi właściwymi przepisami. Jak stanowi bowiem art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający bada oferty pod kątem dochowania odpowiedniej formy, w tym również pod względem zgodności z przepisami o reprezentacji. W przypadku składania oferty podpisanej przez pełnomocnika należy złożyć wraz z ofertą stosowne pełnomocnictwo. Udzielenie pełnomocnictwa stanowi przykład czynności upoważniającej, w wyniku której osoba umocowywana uzyskuje kompetencję (umocowanie) do działania w imieniu mocodawcy. Podstawową kwestią przy ocenie treści pełnomocnictwa jest istnienie skutecznego umocowania pełnomocnika. Jak wskazuje się w doktrynie, „Prawne znaczenie dla skuteczności reprezentacji ma istnienie umocowania w momencie składania oświadczenia woli w imieniu reprezentowanego”.

W kontrolowanej sprawie, jak wykazano wyżej, Pan P. J. D. podpisał ofertę wraz z załącznikami przed uzyskaniem umocowania do dokonania tej czynności. W konsekwencji należy stwierdzić, że oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do dokonania tej czynności, bez

dysponowania prawem do reprezentacji w rozumieniu art. 95-96 Kodeksu cywilnego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że zgodnie z art. 95 § 1 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela. Natomiast na podstawie art. 95 § 1 k.c., czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Zgodnie natomiast z art. 96 k.c., umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo). Oceniając skutki powyższego naruszenia, należy zauważyć, że złożenie oferty jako oświadczenia woli (art. 66 § 1 k.c.) stanowi jednostronną czynność prawną w rozumieniu k.c., gdyż nie wymaga akceptacji ze strony zamawiającego. „Wobec tego do złożenia oferty ma zastosowanie wprost art. 104 Kodeksu cywilnego zdanie pierwsze (w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), który stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Nie ma natomiast zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego art. 104 k.c. zdanie drugie, zgodnie z którym gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Przepis ten odnosi do art. 103 § 1 k.c., zgodnie z którym jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta.

Brak możliwości zastosowania przepisu art. 104 k.c. zdanie drugie i art. 103 § 1 k.c. wynika z faktu, że art. 8 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do Kodeksu cywilnego tylko w zakresie, w jakim ustawa Pzp nie zawiera regulacji odmiennych. W przypadku złożenia pełnomocnictwa

niepełniającego wymagań ustawowych, zastosowanie znajduje procedura uzupełniania dokumentów określona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Powyższy przepis przewiduje obligatoryjny obowiązek wezwania do uzupełnienia wadliwych pełnomocnictw (traktowanych jako inne dokumenty w postępowaniu w rozumieniu tego przepisu) i z tego względu nie mają zastosowania instytucje z art. 104 k.c. zdanie drugie, tj. zgoda adresata czynności prawnej na działanie bez umocowania i powiązana zgoda z art. 103 k.c. od osoby, w imieniu której czynność była dokonywana.

Niedołączenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego, niezawierającego umocowania do złożenia oferty, stanowi podstawę skierowania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Stąd też art. 128 ust. 1 Pzp przesądza o konieczności wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowego dokumentu. Pełnomocnictwo uzupełnione w tym trybie powinno być prawidłowe (wolne od wad) zarówno w zakresie treści, jak i formy; powinno również potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania.

Podsumowując, oferta wykonawcy (...) Spółka Jawna została podpisana przez osobę nieposiadającą umocowania do działania w imieniu wykonawcy w momencie podpisywania oferty. Złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo obciążone jest wadą i nie stanowi skutecznego

umocowania pełnomocnika Pana P. J. D. W takim kształcie złożona oferta, jako jednostronna czynność prawna, nie odpowiada przepisom Kodeksu cywilnego dotyczących działania przez pełnomocnika, tj. art. 95 i 96 k.c. W zaistniałej sytuacji zamawiający zobligowany był do wezwania wykonawcy (...) Spółka Jawna do uzupełnienia poprawnego pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Po zapoznaniu się z dokumentacją z przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli uprzedniej oraz zastrzeżeniami Zamawiającego od wyniku kontroli uprzedniej Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy (...) Spółka Jawna do uzupełnienia pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty zasługują na uwzględnienie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że istnienie umocowania do złożenia oferty w imieniu wykonawcy (...) Spółka Jawna należy oceniać na moment składania tej oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej trafnie Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 61 § 1 zdanie pierwsze k.c., oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią, zaś stosownie do art. 61 § 2 k.c., oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ulega wątpliwości, że oferta jest oświadczeniem woli, które ma być złożone innej osobie. „W konsekwencji chwilą złożenia oferty Zamawiającemu jest chwila, gdy oferta doszła do Zamawiającego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jej treścią, a w przypadku oferty wyrażonej w postaci elektronicznej - gdy wprowadzono ją do środka komunikacji

elektronicznej w taki sposób, żeby Zamawiający mógł zapoznać się z jej treścią. Nie ma zatem podstaw do uznania, że chwilą złożenia oferty jest chwila, w której ją podpisano, w przypadku składania oferty w formie elektronicznej - chwila jej opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca (...) Spółka Jawna złożył ofertę w dniu 10 maja 2022 r. i bez znaczenia pozostaje okoliczność, że formularz ofertowy, JEDZ oraz pliki zawierające wypełnione przedmiary robót, stanowiące załączniki do formularza ofertowego zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez P. J.D. w dniu 9 maja 2022 r. odpowiednio o godz. 16:05, 16:03, 16:04 i 16:05. Istotne jedynie jest, czy osoba ta była umocowana do reprezentowania wykonawcy w momencie składania oferty. Jak ustalił Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, do złożonej przez wykonawcę (...) Spółka Jawna oferty dołączono pełnomocnictwo do działania w imieniu tego wykonawcy, udzielone przez dwóch współników spółki uprawnionych do jej reprezentowania zgodnie z informacją z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, które zostało przez nich podpisane w dniu 9 maja 2022 r. o godz. 16:09 i 16:10. Złożenie pełnomocnictwa wraz z ofertą czyni koniecznym uznanie wniosku, że zostało ono udzielone przed momentem złożenia oferty.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego, że w opisanej powyżej sytuacji P.J.D. był należycie umocowany do reprezentowania ww. wykonawcy. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie, gdyż ustalenia kontroli nie wykazują naruszenia tego przepisu.

**Uchwała z dnia 31 października 2022 r.,
KIO/KU 29/22**

AUTONOMIA DECYZJI ZAMAWIAJĄCEGO, CO DO PODZIAŁU ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI I ZASADA UCZCIWEJ KONKURENCJI

USTAWA PZP KŁADZIE NACISK NA ZAPEWNIENIE WARUNKÓW POZWALAJĄCYCH NA ZWIĘKSZENIE UDZIAŁU SEKTORA MAŁYCH I ŚREDNICH PRZEDSIĘBIORSTW W RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, A JEDNYM Z NARZĘDZI, ZA POMOCĄ KTÓREGO CEL TEN MOŻE BYĆ REALIZOWANY, JEST PODZIAŁ DUŻYCH ZAMÓWIEŃ NA MNIEJSZE CZĘŚCI.

W złożonym wniosku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o przeprowadzenie kontroli postępowania w P.C. (Zamawiający). wnioskodawca stwierdził, że „Dziwi fakt, że Zamawiający nie podzielił zamówienia na części, skoro zamawiany asortyment zawiera ponad 140 pozycji sprzętu medycznego i wyposażenia. W jeden pakiet został wrzucony zarówno sprzęt medyczny, jak i sprzęt komputerowy, a także meble zarówno zwykłe, jak i medyczne. Z pewnością dopuszczenie składania ofert częściowych wpłynęłoby na większą konkurencyjność w postępowaniu, a także na zaoferowanie mniejszych cen na poszczególne przedmioty zamówienia. Zamawiający stosując taki „trik” de facto wykluczył z udziału w postępowaniu większość Wykonawców, którzy nie mogli złożyć swoich ofert na poszczególne pozycje zamówienia. W ten sposób Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.”

W ocenie Wnioskodawcy, Zamawiający powinien podzielić zamówienie na części, tak aby wykonawcy mogli składać oferty na poszczególne pozycje, a co według jego przekonania wpłynęłoby na niższe ceny. Wnioskodawca stwierdził, że brak podziału

zamówienia na części skutkuje naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Przy czym Wnioskodawca nie podał na ile i jakie części należało podzielić zamówienie, ale powołuje się na różnorodność pozycji zamówienia wskazując, że obejmują one „sprzęt medyczny, jak i sprzęt komputerowy, a także meble zarówno zwykłe, jak i medyczne”.

Zamawiający w odpowiedzi na pismo Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przekazał pisemne uzasadnienie decyzji o braku podziału zamówienia na części, a w szczególności zgłoszonego przez Wnioskodawcę braku możliwości składania ofert na poszczególne pozycje, których było 141 osobnych pozycji (45 w zakresie wyposażenia medycznego oraz 96 w zakresie pozostałego wyposażenia). Tym samym Zamawiający wprost odniósł się do oczekiwań Wnioskodawcy, który skarżył się na brak możliwości składania ofert na poszczególne pozycje zamówienia (141 pozycji), sprowadzając realizację oczekiwań Wnioskodawcy do chaosu organizacyjnego jednostki, zarządzanej przez Zamawiającego.

W dalszej części stanowiska Zamawiający powołał się na jego autonomię przy rozważeniu

celowości ewentualnego podzielenia przedmiotu zamówienia i uważał, że nie sprzeniewierzył się zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powołał się na motyw 78 dyrektywy 2014/18/WE cytując, że instytucja zamawiająca, dokonując rozważenia celowości podziału zamówień na części, zachowuje „swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu”.

Dalej w swoim stanowisku Zamawiający przywołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 2 stycznia 2017 r., KIO 2346/16, z dnia 23 marca 2017 r., KIO 920/17 i z dnia 30 stycznia 2013 r., KIO 114/13) powołał się na obowiązujący w czasie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 36 aa ust. 1 Pzp2004. Zamawiający wskazał na „specyfikę działalności prowadzonej przez P.C. którą jest świadczenie usług medycznych”. Wskazując na

okres Pandemii - Covid-19 Zamawiający uzasadnił decyzję niedzielenia zamówienia na części z uwagi na „konieczność kompleksowego wykonania zamówienia, w aspekcie szybkości wyłonienia wykonawcy, mając na uwadze obsługę przez Szpitalny Oddział Ratunkowy pacjentów w stanie zagrożenia życia i zdrowia. Niewątpliwie jednorazowa dostawa wyposażenia Szpitalnego Oddziału Ratunkowego jest okolicznością wpływającą znacząco na zabezpieczenie pacjentów zamawiającego i szybsze uruchomienie ww. oddziału ratunkowego”. W ocenie Zamawiającego niedzielenie zamówienia na części umożliwiło jak najszybsze uruchomienie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego. Dalej Zamawiający podał, że brak kompleksowej oferty w związku z podziałem zamówienia na części mogłoby doprowadzić do nadmiernej eskalacji ceny za poszczególne części lub braków ofert na niektóre części tzw. „mało atrakcyjny pakiet”. Następnie Zamawiający stwierdził, że „podział



zamówienia na części należy traktować - w stanie prawnym istniejącym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania przetargowego - wyłącznie w kategoriach uprawnienia zamawiającego. Nieskorzystanie z tego uprawnienia nie może stanowić podstawy do formułowania zarzutów co do naruszenia przepisów obowiązującego ówczasie PZP, w tym art. 7 ust. 1 tejże ustawy". Zamawiający powołał na poparcie tego stanowiska następujące orzecznictwo: wyrok z dnia 10 kwietnia 2017 r., KIO 579/17, wyrok z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 164/17, wyrok z dnia 31 stycznia 2017 r., KIO 101/17, wyrok Izby z dnia 2 stycznia 2017 r., KIO 2373/16.

Krajowa Izba Odwoławcza co do zasady zgodziła się z poglądem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że swoboda decyzji Zamawiającego, co do podziału zamówienia na części może podlegać próbie jej dyskredytacji w reżimie zasady uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców, a nawet można ją rozważać w konkluzji, że „Ustawa Pzp kładzie nacisk na zapewnienie warunków pozwalających na zwiększenie udziału sektora



MŚP (małych i średnich przedsiębiorstw) w rynku zamówień publicznych. Jednym z narzędzi, za pomocą którego cel ten może być realizowany, jest podział dużych zamówień na mniejsze części, tak aby zakres zamówienia na jaki można złożyć ofertę bardziej odpowiadał możliwościom MŚP". Niemniej w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie wystarczy przywołać przepisu prawa lub konkluzji wywiedzionej z PZP, ale należy wykazać stan faktyczny w sprawie, który można przypisać do niezbędnych przesłanek wskazanych w przepisie prawa, w tym przypadku art. 7 ust. 1 Pzp2004, aby stwierdzić naruszenie Pzp2004 (uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców).

Wnioskodawca w zawiadomieniu nie powoływał się na jakąkolwiek aktywność w związku z prowadzonym postępowaniem przez Zamawiającego. Z uzasadnienia zawartego w Informacji o wyniku kontroli wynikało, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych widział konieczność podziału zamówienia na dwie części medyczne i niemedyczne i określa je jako wąsko specjalistyczne (medyczne) i niespecialistyczne (meble, AGD, elektronika). W tym miejscu cytując Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „Z powyższej analizy można wyciągnąć wniosek, że opis przedmiotu kontrolowanego zamówienia obejmuje w większości urządzenia i wyposażenie specjalistyczne, przeznaczone do realizacji świadczeń medycznych. Niewątpliwie tego rodzaju wyposażenie posiada jednorodny charakter przedmiotowy i tożsame przeznaczenie.

Ponadto, ze względu na wysoko specjalistyczny charakter dostawa tych pozycji nie jest realizowana przez dowolnego wykonawcę, lecz przez firmy działające w branży dostaw urządzeń i wyposażenia medycznego. Zatem w niniejszym postępowaniu za uzasadnione można uznać szacowanie łączne wszystkich wymienionych wyżej pozycji i odstąpienie od dzielenia zamówienia na części w tym zakresie. Jednocześnie nie sposób uznać, że uzasadnione było dołączenie do powyższego wyposażenia

medycznego, bez podziału zamówienia na części, bądź dopuszczenia składania ofert częściowych, mebli i pozostałego wyposażenia o charakterze standardowym, nieposiadającym specyfiki medycznej. Meble i wyposażenie określone w pozycjach 2-6, 17-19, 24, 47-49, 52-58, 60-63, 65, 70-75, 82-84, a także urządzenia elektroniczne i sprzęty AGD nr 7-10, 12-16 nie różnią się niczym od powszechnie stosowanych w gospodarstwach domowych przedmiotów. Dostawy w tym zakresie mogły być wykonane przez bardzo szeroki zakres wykonawców ze względu na powszechną dostępność tych pozycji na rynku. Ze względu na brak swobodnego przeznaczenia medycznego nie było konieczności, aby dostawy w tym zakresie zrealizował wyspecjalizowany wykonawca z wąskiej branży medycznej. Natomiast ze względu na połączenie tych pozycji ze specjalistycznym sprzętem i wyposażeniem medycznym (np. z ultrasonografem czy z respiratorem) siłą rzeczy spowodowało, że o realizację całości zamówienia mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy z branży medycznej" (str. od połowy 9 do dwóch akapitów str. 10 Informacji)."

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwłaszcza wobec treści art. 36aa Pzp2004 i okoliczności sprawy oraz całkowitego pominięcia nie tylko potrzeb zamawiającego, ale również okoliczności w jakich funkcjonuje służba zdrowia w dobie pandemii Covid-19. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ma przeszkód, aby „dostawca wyposażenia medycznego zrealizował również część niemedyczną czy to samodzielnie, czy też przez podwykonawcę. Zamawiający wyposaża kompleksowo nowododawany obiekt SOR-u i trudno nie akceptować jego potrzeb, a przez to prawa, co do wyboru sposobu wyposażenia czy to przez jednego, czy też kilku wykonawców.

Argumentację, że podział zamówienia na części będzie korzystniejszy ekonomicznie można uznać za gołosłowną, ponieważ również przekonywującą może być argumentacja

przeciwna, że większym zamówieniem uzyska się większe upusty cenowe. Resumując, brak w sprawie dowodów, to jest zarówno co do braku możliwości wykonania zamówienia kompleksowo (wyposażenie medyczne i niemedyczne), jak również opłacalności ekonomicznej to jest dzielenia zamówienia na części, nie pozbawia Zamawiającego suwerenności w decyzji czy dzieli, czy nie dzieli zamówienia na części. Przede wszystkim takich dowodów nie wskazuje Wnioskodawca o przeprowadzenie kontroli, jak również nie wykazuje faktu zainteresowania wykonania jakiegokolwiek części zamówienia."

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła zasadność wniesionych zastrzeżeń Zamawiającego w szczególności co do zawartego uzasadnienia prawnego stanowiska Zamawiającego wobec treści art. 36aa Pzp2004, które daje prawo do suwerennej decyzji Zamawiającego co do podziału zamówienia na części. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej złamanie tej zasady może nastąpić jedynie w przypadku naruszenia uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania stron.

Natomiast badanie procedury udzielenia zamówienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie wykazało złamania zasady uczciwej konkurencji, jak i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie jest uzasadniony wynik kontroli doraźnej, wskazującej na naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z treścią art. 36 aa Pzp2004, przez nieuwzględnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku przygotowania postępowania przez Zamawiającego.

Uchwała z dnia 17 lutego 2022 r., KIO/KD 8/22

DWA WARIANTY PROCEDURY ODWRÓCONEJ

W TRYBIE PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO WYSTĘPUJE UPRZEDNIA OCENA OFERT, ZWANA POTOCZNIE „PROCEDURĄ ODWRÓCONĄ”. INFORMACJĘ O PROCEDURZE ODWRÓCONEJ, JEŻELI ZAMAWIAJĄCY PRZEWIDUJE TAKĄ PROCEDURĘ, ZAMAWIAJĄCY PODAJE W SWZ.

W trybie przetargu nieograniczonego występuje uprzednia ocena ofert, zwana potocznie „procedurą odwróconą”. Informację o procedurze odwróconej, jeżeli zamawiający przewiduje taką procedurę, zamawiający podaje w SWZ (zob. art. 134 ust. 2 pkt 11 ustawy Pzp: „SWZ zawiera również informację o uprzedniej ocenie ofert, zgodnie z art. 139 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje odwróconą kolejność oceny”).

Procedura odwrócona polega na badaniu jednolitego dokumentu tylko wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona i występuje w dwóch wariantach.

W wariantcie pierwszym, na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, do oferty każdy wykonawca dołącza jednolity dokument sporządzony zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), który stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Jeżeli zamawiający nie określa warunków udziału w postępowaniu, nie żąda, aby wykonawca w dołączonym do oferty jednolitym dokumencie

wstępnie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą bowiem ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

W wariantcie pierwszym, po otwarciu ofert, zamawiający dokonuje badania, a następnie oceny ofert, które nie podlegają odrzuceniu. Po dokonaniu oceny ofert zamawiający bada jednolity dokument wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Jeżeli wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, nie złożył jednolitego dokumentu, jednolity dokument złożony wraz z ofertą zawiera błędy lub jest niekompletny, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, odpowiednio do jego złożenia lub poprawienia, chyba że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na jego uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Jeżeli złożony wraz z ofertą jednolity dokument jest kompletny i nie zawiera błędów, zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

W wariantcie drugim, na podstawie art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą jednolitego dokumentu,

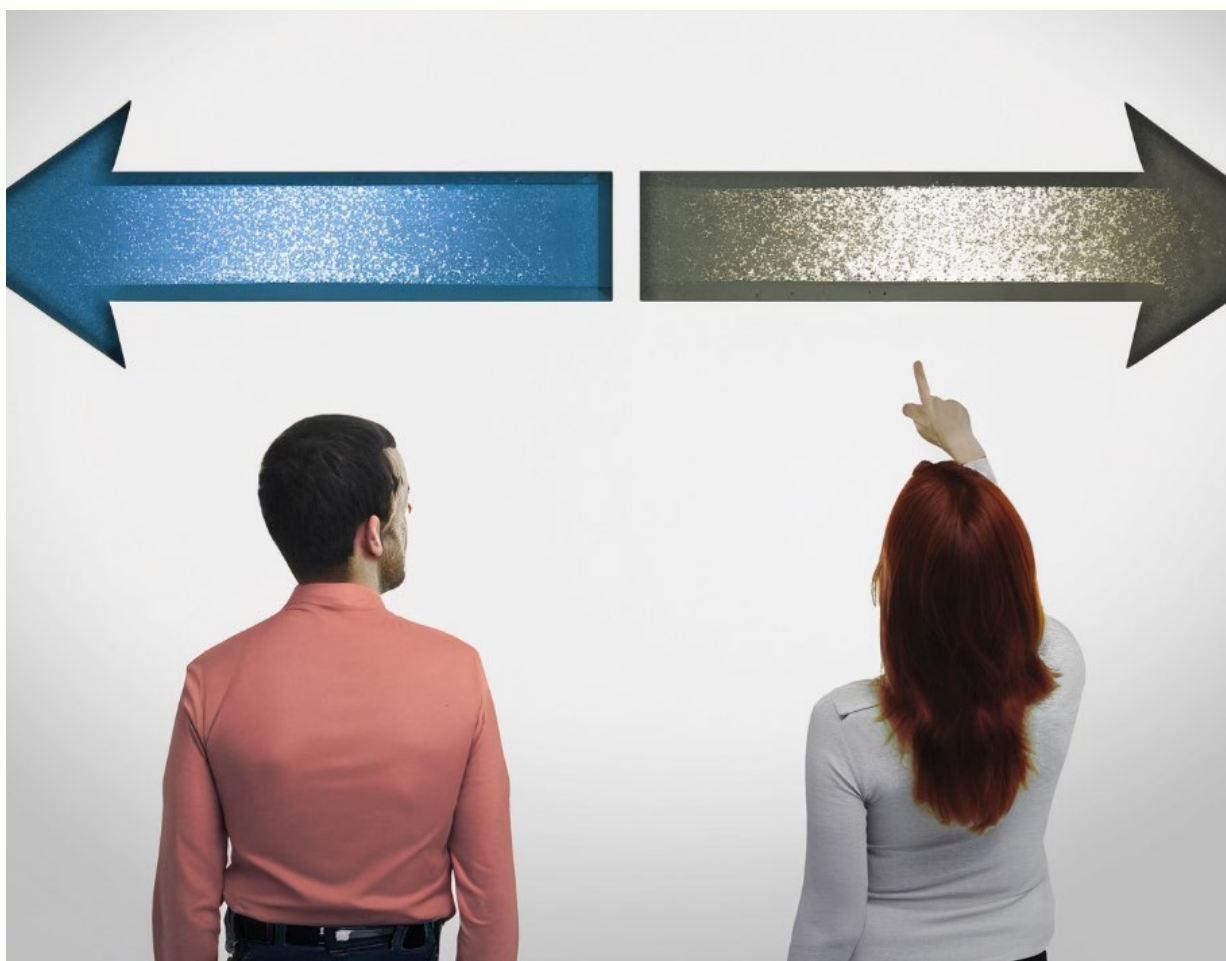
jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania jednolitego dokumentu wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. W takim przypadku zamawiający również żąda jednolitego dokumentu tylko od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, a podstawą żądania jest art. 139 ust. 2 ustawy Pzp.

Jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania jednolitego dokumentu wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, a wykonawca złożył jednolity dokument wraz z ofertą, zamawiający powinien zbadać taki jednolity dokument. Jeżeli jednolity dokument został złożony prawidłowo i nie wymaga poprawienia lub uzupełnienia oraz stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, zamawiający powinien przyjąć taki jednolity

dokument.

Jeżeli, w przypadku, o którym mowa w art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, jednolity dokument został złożony wraz z ofertą i jest niekompletny lub zawiera błędy, zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia jednolitego dokumentu. W takim przypadku podstawą wezwania będzie art. 139 ust. 2, a nie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeżeli, na wezwanie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, nie złożył jednolitego dokumentu, jednolity dokument został złożony i jest niekompletny lub zawiera błędy, zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa tego wykonawcę do jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia.



Uchwała nr 1/2022 KOMITETU DO SPRAW KONTROLI W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH z dnia 11 listopada 2022 r. w sprawie ustawowego obowiązku uwzględniania przez organy kontroli wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu

Na podstawie art. 494 pkt 1 i 2 w zw. z art. 497 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 1812, 1933 i 2185) uchwała się, co następuje:

§ 1. Komitet przyjmuje, że ustawowy obowiązek uwzględniania wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu, o którym mowa w art. 597 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, oznacza obowiązek analizy wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu pod kątem zasadności odstąpienia od przeprowadzenia ponownej kontroli udzielania tego samego zamówienia lub przyjęcia przez organ kontroli tych wyników w całości lub części jako swoich. Jest to możliwe bez przeprowadzenia ponownej kontroli udzielania danego zamówienia lub po jej przeprowadzeniu. Uwzględnienie wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu nie oznacza zatem obowiązku automatycznego przyjmowania tych wyników w całości lub części jako swoich, lecz obowiązek wzięcia ich pod

uwagę i rozważenia na etapie planowania, wszczynania lub prowadzenia kontroli.

W przypadku powstania po stronie organu kontroli wątpliwości interpretacyjnych w związku z wynikami przeprowadzonej wcześniej kontroli organ ten powinien rozważyć, w ramach dążenia do zapewnienia jednolitego stosowania i rozumienia przepisów prawa zamówień publicznych, wystąpienie z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o przedstawienie stanowiska odnośnie do tych wątpliwości

interpretacyjnych, o którym mowa w art. 469 pkt 23 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

W przypadku odstąpienia od przyjęcia w całości lub części wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli innego organu jako swoich organ kontroli powinien zamieścić w dokumencie kończącym kontrolę uzasadnienie swojej decyzji, w szczególności wyjaśnienie powodów przyjęcia odmiennej niż inny organ kontroli interpretacji przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to

również sytuacji, w której organ kontroli dysponuje stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Ministerstwo Rozwoju i Technologii, Plac Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa e-mail: kancelaria@mr.it.gov.pl, www.gov.pl/rozwoj-technologie do zaistniałych wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający powinien być w stanie ustalić na podstawie powyższego uzasadnienia kluczowe argumenty i przesłanki stojące za decyzją podjętą przez organ kontroli.

§ 2. Komitet stoi na stanowisku, że organy kontroli dokonujące kontroli udzielania zamówień w oparciu o kryterium legalności, tj. zgodności z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, powinny dążyć, w możliwie najszerszym

zakresie, do przyjmowania jako swoich wyników przeprowadzonych wcześniej kontroli innych organów lub odstępowania od dublowania kontroli tego samego zamówienia. Wpływa to bowiem pozytywnie na efektywność systemu kontroli udzielania zamówień, a także zapewni jednolite rozumienie przepisów prawa zamówień publicznych, co jest szczególnie istotne z punktu widzenia potrzeby stabilizacji sytuacji prawnej zamawiających.

§ 3. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Źródło: <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/komitet-ds-kontroli-zamowien-publicznych>



Dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w celu ochrony zdrowia i życia ludzkiego, w szczególności zakupu leków

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych

Tryb zamówienia z wolnej ręki, jako niekonkurencyjny tryb udzielenia zamówienia, może być zastosowany tylko w przypadkach określonych w ustawie z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej jako: „ustawa Pzp”). Przesłanki zastosowania tego trybu dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne określa art. 214 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne - art. 305 ustawy Pzp. Wskazane podstawy warunkujące zastosowanie tego trybu nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

Tryb z wolnej ręki charakteryzuje się daleko idącym odformalizowaniem oraz przyspieszeniem procedury udzielenia zamówienia publicznego w okolicznościach świadczących o braku rzeczywistej konkurencji w zakresie zamawianych usług, dostaw lub robót budowlanych lub w innych szczególnych, określonych ustawą Pzp okolicznościach, uzasadniających celowość i konieczność szybkiego wyboru wykonawcy.

I. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia jako przesłanka trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp)

Jedną z sytuacji umożliwiającą udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest sytuacja wyjątkowa, przejawiająca się wystąpieniem okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia (art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Przesłanka ta, na podstawie art. 305 pkt 1 ustawy Pzp, ma zastosowanie również w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne.

Zgodnie z treścią art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Dla zastosowania trybu z wolnej ręki na ww. podstawie konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

wyjątkowa sytuacja, przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego, sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Pomędzy wymienionymi powyżej warunkami powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

Przez wyjątkową sytuację należy rozumieć - zgodnie z zasadą ściślejszej interpretacji wyjątków - wyłącznie sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego to przesłanka o charakterze obiektywnym, co oznacza, że okoliczności uzasadniające jej wystąpienie muszą wynikać z przyczyn niezawinionych, niezależnych od zamawiającego, a zatem powyższe zdarzenia nie mogą być spowodowane przez działania bądź zaniechania zamawiającego.

Cechą charakterystyczną zamówienia udzielanego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Na gruncie tego przepisu konsekwencją wystąpienia wyjątkowej sytuacji musi być bowiem konieczność natychmiastowego podjęcia działań niezbędnych do ograniczenia bezpośrednich skutków wystąpienia zdarzenia nieprzewidzianego, np. usunięcia bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia ludzkiego, a więc natychmiastowego wykonania zamówienia.

Określenie „natychmiast” wskazuje na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą, niż w trybie pilnym. Z przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, można zatem skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji.

W powyższym kontekście ważne jest odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb, mianowicie negocjacje bez ogłoszenia (zob. art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, art. 301 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne).

W myśl art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, aby możliwe było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, konieczność natychmiastowego wykonania musi być konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Przez niemożność przewidzenia określonej sytuacji bądź zdarzenia należy rozumieć bardzo niskie prawdopodobieństwo jej wystąpienia. Zasadniczo nieprzewidywalne będą przypadki obejmujące zdarzenia losowe, w czym mogą mieścić się sytuacje zagrażające zdrowiu i życiu ludzkiemu. Ponadto, wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Należy również podkreślić, że udzielenie zamówienia w ww. trybie może nastąpić tylko w sytuacji, gdy zamawiający nie ma możliwości zachowania terminów przewidzianych dla jakiegokolwiek innego trybu udzielenia zamówienia, przewidzianego w ustawie Pzp, z uwagi na natychmiastową potrzebę realizacji zamówienia.

II. Zastosowanie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp do udzielenia zamówień związanych z ochroną zdrowia i ratowaniem życia ludzkiego

Z powyższego wynika, że dla zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest m.in. wystąpienie wyjątkowej sytuacji i natychmiastowej potrzeby wykonania

zamówienia, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na realizację zamówienia. Przykładem takim może być ochrona zdrowia i ratowanie życia ludzkiego, w tym - co do zasady - konieczność zakupu leku niezbędnego dla ochrony zdrowia i ratowania życia ludzkiego, jeżeli lek ten należy podać w jak najkrótszym czasie i nie ma możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. W takim przypadku natychmiastowe wykonanie zamówienia będzie się wiązało z koniecznością podjęcia niezwłocznej terapii w celu ratowania życia pacjentów.

Podkreślić przy tym należy, że ustawowa możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nie zwalnia zamawiających z należytego planowania zamówień i przeprowadzania postępowań w trybach konkurencyjnych, co również dotyczy zakupu leków niezbędnych do ochrony zdrowia i życia ludzkiego. Konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie może bowiem wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (np. zaniedbania w planowaniu postępowań, zwleknięcie ze wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie, nieprawidłowe oszacowanie zapotrzebowania). Zamawiający, będący podmiotami profesjonalnymi, świadczącymi usługi medyczne, w tym obejmujące czynności ochrony zdrowia, a także ratowania zdrowia i życia ludzkiego, powinni dochować należytej staranności przy planowaniu i udzielaniu zamówień na leki. Jednakże w praktyce niewątpliwie występują sytuacje niespodziewane, niewynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i od niego niezależne, które można zakwalifikować jako spełniające przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 241 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W takich wypadkach zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest uzasadnione.

III. Podsumowanie

Mając na względzie powyższe, w sytuacji, w której konieczny jest zakup leku związanego z ochroną zdrowia i ratowaniem życia ludzkiego, z uwagi na fakt, że lek ten należy podać w jak najkrótszym czasie i jednocześnie nie ma możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, z przyczyn niezależnych od zamawiającego, znajduje uzasadnienie udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie ostateczna ocena możliwości zastosowania ww. trybu pozostaje w gestii zamawiającego. Powinna ona uwzględniać wszystkie okoliczności faktyczne i prawne towarzyszące udzieleniu takiego zamówienia, w tym czas, którym zamawiający dysponuje na jego wykonanie.

Źródło:

<https://www.gov.pl/web/uzp/dopuszczalnosc-udzielenia-zamowienia-w-trybie-z-wolnej-reki-na-podstawie-art-214-ust-1-pkt-5-ustawy-pzp-w-celu-ochrony-zdrowia-i-zycia-ludzkiego-w-szczegolnosci-zakupu-lekow>



Zaświadczenie wydawane przez e-Urząd Skarbowy jako podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), zwanego dalej: „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1

ustawy Pzp, zamawiający może żądać zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Na mocy ustawy z dnia 8 czerwca 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu automatyzacji załatwiania niektórych spraw przez Krajową Administrację Skarbową (Dz. U. z 2022 r., poz. 1301) wprowadzono elektroniczne doręczanie i automatyzację procesu wydawania zaświadczeń przy pomocy konta w e-Urzędzie Skarbowym. Z treści art. 306ka ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2022 r., poz. 2651) wynika, że w przypadku gdy

zaświadczenia są generowane automatycznie w e-Urzędzie Skarbowym, przepisy działu dotyczącego wydawania zaświadczeń (Dział VIIIA Zaświadczenia ustawy Ordynacja podatkowa) stosuje się odpowiednio.

Ponadto zgodnie z art. 35c ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2022 r., poz. 813 ze zm.) Szef Krajowej Administracji Skarbowej wydaje pisma generowane automatycznie w e-Urzędzie Skarbowym. Zgodnie natomiast z ust. 4 ww. przepisu, załatwienie sprawy w e-Urzędzie Skarbowym jest równoznaczne z załatwieniem sprawy przez organ KAS właściwy do jej załatwienia. Z kolei zgodnie z art. 18 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej, naczelnicy urzędu skarbowego są organami pomocniczymi Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, przy pomocy której Szef KAS wykonuje ustawowe zadania, w tym wydawanie zaświadczeń.

Dodatkowo, jak podano w komunikacie wydanym przez Krajową Izbę Skarbową, „zaświadczenia elektroniczne powinny być traktowane na równi z dokumentami papierowymi. Dokument elektroniczny (plik) pobrany z e-US ma taką samą moc prawną jak tradycyjny dokument papierowy. Zaświadczenie doręczane na konto podatnika w serwisie opatrzone jest kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną Szefa Krajowej Administracji Skarbowej lub kwalifikowanym podpisem



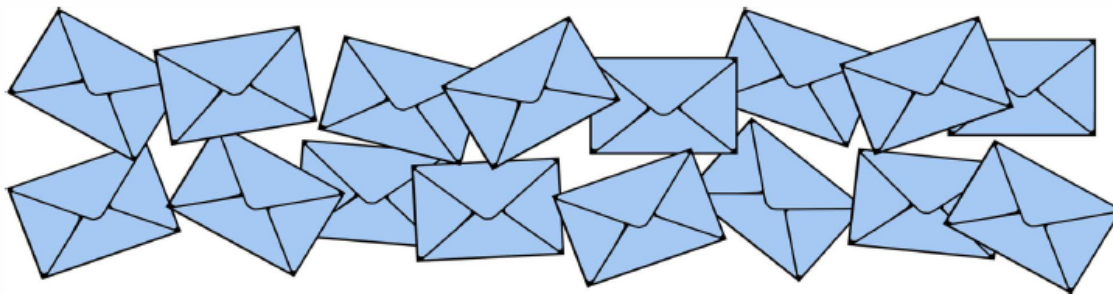
elektronicznym przez upoważnionego pracownika urzędu skarbowego.” (<https://www.gov.pl/web/kas/zaswiadczenie-wydane-w-e-urzedzie-skarbowym-to-dokument-elektroniczny>)

W świetle powyższego zasadne jest przyjęcie, że dokument elektroniczny wydany w e-Urzędzie Skarbowym jest równoznaczny z dokumentem wydanym przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Podkreślić należy, że literalne brzmienie § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje na konieczność wydania zaświadczenia, dotyczącego niezalegania z opłacaniem podatków i opłat, przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Jednakże takie brzmienie ww. przepisu nie wyklucza możliwości uznania dokumentu wydanego przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej (jak w przypadku dokumentów uzyskiwanych za pomocą konta w e-Urzędzie Skarbowym), skoro załatwienie sprawy w e-Urzędzie Skarbowym jest równoznaczne z załatwieniem sprawy przez KAS, którego organami pomocniczymi są naczelnicy urzędu skarbowego. Zatem zarówno zaświadczenie wydane przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, jak i naczelnika urzędu skarbowego, potwierdza informacje dotyczące niezalegania z opłacaniem podatków i opłat dotyczących danego wykonawcy.

Tym samym za dopuszczalne uznać należy złożenie zaświadczenia wydanego w formie dokumentu elektronicznego przez e-Urząd Skarbowy jako podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Źródło:

Informator Urzędu Zamówień Publicznych, numer 1/2023, s. 12-14



Na pytania czytelników odpowiada Józef Edmund Nowicki

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający zamierza żądać od wykonawcy złożenia próbki, której nie można złożyć przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Jak w takim przypadku wykonawca powinien złożyć próbkę, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowe środki dowodowe oraz inne oświadczenia i dokumenty?

Na podstawie art. 65 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może odstąpić od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, jeżeli zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, których nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, z uwagi na wystąpienie okoliczności, o której mowa w art. 65 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, oferty, podmiotowe środki dowodowe, można przekazać, zgodnie z wyborem zamawiającego, za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 896 z późn. zm.), osobiście lub za pośrednictwem posłańca. W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, z uwagi na wystąpienie okoliczności, o której mowa w art. 65 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, oferty składa się zgodnie z wyborem zamawiającego, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. W takim przypadku zamawiający opisuje w protokole postępowania powody odstąpienia od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej.

Ponadto, zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. poz. 2452), w przypadku gdy zamawiający, na podstawie art. 65 ust. 1 ustawy Pzp, w całości odstąpił od wymagania środków komunikacji elektronicznej i nie przewidział możliwości przekazywania w postaci dokumentu elektronicznego ofert i oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, oraz innych informacji, oświadczeń lub dokumentów przekazywanych w postępowaniu:

- 1) ofertę i oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, sporządzone w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, a także próbki, o których mowa w art. 65 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przekazuje się w oryginale;
- 2) oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, pełnomocnictwo, sporządzone w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się w oryginale lub jako kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem;
- 3) podmiotowe środki dowodowe oraz informacje, oświadczenia lub dokumenty, inne niż wymienione w pkt 1 i 2, sporządzone w postaci papierowej, przekazuje się w oryginale lub jako kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem.

Poświadczenia za zgodność z oryginałem, o których mowa w pkt 2 i 3, dokonuje:

- 1) w przypadku podmiotowych środków dowodowych – odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca albo uczestnik konkursu, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą;
- 2) w przypadku oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, lub zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby - odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia;
- 3) w przypadku pełnomocnictwa - mocodawca.

Poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje przez opatrzenie kopii, sporządzonej w postaci papierowej, własnoręcznym podpisem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem może dokonać również notariusz. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe lub inne dokumenty, w tym dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument elektroniczny, przekazuje się uwierzytelniony wydruk wizualizacji treści tego dokumentu, który musi zawierać w szczególności identyfikator dokumentu lub datę wydruku, a także własnoręczny podpis odpowiednio wykonawcy, wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, podmiotu udostępniającego zasoby lub podwykonawcy albo uczestnika konkursu, potwierdzający zgodność wydruku z treścią dokumentu elektronicznego.

Czy awaria narzędzi do składania ofert (platformy publicznej lub komercyjnej) stanowi podstawę do unieważnienia postępowania?

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten wymaga wykazania łącznego spełnienia następujących trzech przesłanek.

Pierwszej przesłanki - w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania) - awaria platformy publicznej lub komercyjnej do składania ofert stanowi naruszenie art. 64 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Za prawidłowe funkcjonowanie narzędzi informatycznych doskładania ofert, a więc awaria platformy jest okolicznością obciążającą zamawiającego. Przy czym, jak trafnie podnosi się w orzecznictwie, uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty nie musi być okolicznością zależną od zamawiającego albo działaniem celowym, może wynikać właśnie z powodów technicznych, np. awarii platformy, błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników korzystających z platformy elektronicznej, istotny jest tu efekt w postaci braku możliwości złożenia oferty (por. wyrok z dnia 2 sierpnia 2019 r., KIO 268/19). Ponadto w wyniku uniemożliwienia wykonawcy złożenia oferty zostają naruszone zasady naczelne ustawy Pzp dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji. Nie można skutecznie twierdzić, że wynik postępowania jest prawidłowy, skoro jest ono obciążone najpoważniejszą wadą jaka może wystąpić w postępowaniu - naruszenia zasad generalnych w postaci równego dostępu wykonawców do zamówienia.

Drugiej przesłanki - awaria platformy publicznej lub komercyjnej do składania ofert stanowi wadę niemożliwą do usunięcia (brak możliwości naprawienia błędu zamawiającego przy użyciu instrumentów ustawy Pzp, w które wyposażył go ustawodawca). Po terminie na składanie ofert nie ma możliwości konwalidowania wady postępowania, więc uniemożliwienie złożenia oferty wykonawcy wywołuje nieodwracalny skutek. W takim przypadku postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę Pzp czynności nie mogą doprowadzić do sanacji czynności składania ofert, która jest niepowtarzalna.

Trzeciej przesłanki - awaria platformy publicznej lub komercyjnej do składania ofert jest wadą postępowania, która skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jak wcześniej wspomniano nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy na podstawie postępowania, w którym doszło do naruszenia zasad naczelných ustawy Pzp. Dyskryminacja wykonawcy, którego oferta mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ma bezpośredni wpływ na brak możliwości udzielenia zamówienia w warunkach uczciwej gry rynkowej. Wynik postępowania jest obciążony błędem, ponieważ ograniczono wykonawcy możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne, zaś czynności składania ofert nie da się powtórzyć. Zaistniałe problemy techniczne mogły mieć wpływ na wynik postępowania, więc zamawiający nie może ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie może ignorować skutków tego działania i ich wpływu na prowadzenie i rozstrzygnięcie postępowania, a art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest jednoznaczny i wskazuje na obowiązek zamawiającego, a nie na uprawnienie.

W przypadku awarii platformy publicznej lub komercyjnej do składania ofert postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W takim przypadku dochodzi do naruszenia zasad naczelných udzielania zamówień publicznych, co może mieć istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania (zob. art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Opracowano na podstawie wyroku z dnia 13 lipca 2021 r., KIO 1760/21

Czy wykonawca może powierzyć wykonanie 90% zakresu rzeczowego robót budowlanych podwykonawcy lub podwykonawcom?

Na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zakaz powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy od wielu lat nie budzi żadnych wątpliwości na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz w orzecznictwie

Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym. Konsekwencją dopuszczenia możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie postępowań o udzielanie zamówień, także za pomocą podmiotów udostępniających zasoby, nie zaś realizacja zamówienia udzielonego przez zamawiającego.

Na niedopuszczalność powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy wskazuje definicja umowy podwykonawczej. Przez umowę podwykonawczą należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia (art. 7 pkt 27 ustawy Pzp).

Niedopuszczalne jest również takie powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia, jeżeli wskazywałoby to na pozorność czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia (np. powierzenie 90% zakresu rzeczowego robót budowlanych). Takie działanie wykonawcy należy uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisów art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku powierzenia przez wykonawcę wykonania znacznej części zamówienia podwykonawcy, zamawiający biorąc pod uwagę zakres rzeczowy robót budowlanych, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, powinien zbadać, czy podmiotem, który faktycznie wykona roboty budowlane będzie podwykonawca a nie wykonawca. Powierzenie przez wykonawcę wykonania znaczącej części zamówienia podwykonawcy będzie świadczyć o pozorności takiej czynności. W takim przypadku zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy”).

Na pozorność czynności Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę m. in. w wyroku z dnia 21 września 2017 r., KIO 1857/17. Wyrok

dotyczył pozorności udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania. W tym przypadku wykonawca pozornie polegał na zasobach podmiotu udostępniającego, powierzając temu podmiotowi 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% ceny oferty. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej o tym, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie realizował zamówienia świadczył rozkład podziału zadań w ramach przedmiotu zamówienia, który przedstawił w odpowiedzi na odwołanie zamawiający. „Wartość prac planowanych do powierzenia podmiotowi trzeciemu, których zakres wbrew twierdzeniu odwołującego nie stanowił katalogu otwartego, lecz zamknięty, wynosi 160 000 zł brutto, podczas gdy wartość robót budowlanych wskazanych przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu to minimum 7 000 000 zł brutto każda robota, a w wartość oferty odwołującego to 12 129 681,20 zł. Z niniejszego wynika, iż wartość robót deklarowanych przez odwołującego do powierzenia do realizacji podmiotowi trzeciemu, na zasoby którego odwołujący powołał się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% wartości całkowitej oferty.” W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający słusznie dokonał oceny otrzymanych dokumentów i uznał, że ich treść wskazuje na „pozorność” udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania.

Użycie w art. 462 ust. 1 Pzp wyrażenia „wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”, nie oznacza, że z przepisu tego można wyprowadzić wniosek o niedopuszczalności powierzenia wykonania całości zamówienia jednemu podwykonawcy, a możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia dwóm i większej liczbie podwykonawców. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty

przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Jak zamawiający powinien dokonać zmiany albo rezygnacji z podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu?

Zgodnie z art. 462 ust. 7 ustawy Pzp, jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. W takim przypadku przepis art. 122 ustawy Pzp stosuje się odpowiednio.

Zgodnie z art. 122 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z przepisów art. 462 ust. 7 i art. 122 ustawy Pzp wynika, że zamawiający jest obowiązany wykazać, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy również zauważyć, że zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 1, 2 i 9, liczy się wstecz od dnia złożenia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 1, 2 i 9, także w przypadku, o którym mowa w art. 462 ust. 7 ustawy Pzp. Oznacza to, że wymagane przez zamawiającego doświadczenie może obejmować również okres po złożeniu ofert w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie później niż do chwili złożenia podmiotowego środka dowodowego na etapie wykonywania umowy.

Kontrolujący uznał, że członkowie komisji przetargowej, którzy badali i oceniali oferty nie złożyli oświadczenia o braku istnienia okoliczności, o których mowa odpowiednio w art. 56 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ złożone oświadczenia były opatrzone parafą. Czy stanowisko kontrolującego jest zgodne z przepisami ustawy Pzp?

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 osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów.

Zgodnie z art. 65 ust. 1 ustawy Pzp 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. 4 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, składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa odpowiednio w art. 56 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp.

Minimalne wymagania dla zachowania formy pisemnej określa art. 78 § 1 k.c. W przypadku oświadczenia woli jest to złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść. W obowiązującym ustawodawstwie nie ma wyraźnego wskazania, jaka ma być treść podpisu własnoręcznego oraz w jaki sposób podpis ten powinien być złożony. Podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jej imienia i nazwiska.

Podpis ma również określony cel, ponieważ jest potwierdzeniem złożonego oświadczenia i aby skutecznie takie potwierdzenie stanowić, musi

spełniać podstawowy wymóg - musi pozwalać na identyfikację osoby, która bądź w imieniu własnym, bądź w imieniu reprezentowanego przez siebie podmiotu określić oświadczenie woli złożyła.

Tożsamości osoby podpisującej oświadczenie ma dodatkowe znaczenie ze względu na konieczność weryfikacji zdolności osoby podpisującej do prawidłowej reprezentacji danego podmiotu.

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

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

W uchwale z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/93 oraz wyroku z dnia 24 czerwca 2009 r., I CSK 447/08, Sąd najwyższy uznał, że nie można zatem formułować ogólnych wskazań co do długości lub kształtu podpisu, poza tym, że ma on stanowić napisane nazwisko, niekoniecznie czytelnie, ale w sposób charakterystyczny dla osoby podpisanej. Istotne jest bowiem to, by napisany znak ręczny - przy całej tolerancji co do kształtu własnoręcznego podpisu - stwarzał w stosunku do osób trzecich pewność, że podpisujący chciał podpisać się pełnym swoim nazwiskiem oraz że uczynił to w formie, jakiej przy podpisywaniu dokumentów stale używa. Takiej pewności nie stwarzają same inicjały, czyli parafa, toteż nie mogą być one uznane za podpis wystawcy weksla. Podpis nieczytelny stanowi wyraz woli napisania nazwiska jedynie wówczas, gdy podpisujący w taki właśnie sposób pisze swoje nazwisko, składając podpisy na dokumentach. Dlatego też podpis nieczytelny powinien być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę weksla, a więc w formie, która jest tym samym znana szerszemu kręgowi osób. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać, wyraża napisane nazwisko a zarazem pełni funkcję identyfikacyjną.

Sąd Najwyższy zwrócił również uwagę, że „Składając podpis na dokumencie obejmującym oświadczenie woli, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych i daje jednocześnie wyraz temu, że dokument zawiera ostateczną, a nie jedynie projektowaną treść danego oświadczenia, że oświadczenie to jest zupełne, oraz że pochodzi od osoby podpisanej. Powyższe funkcje podpisu nie pozostają bez znaczenia dla rozumienia treści tego pojęcia. Można bowiem przyjmować, że skoro podpis jest napisanym znakiem ręcznym określonej osoby, to powinien on wskazywać tę osobę, a więc przedstawiać nie tylko jej charakter pisma, ale i dane, które ją indywidualizują. Należą do nich, między innymi, imię i nazwisko, przy czym funkcję indywidualizującą pełni przede wszystkim nazwisko.”

Dopuszczalne jest skrócenie nazwiska, nie musi też być ono w pełni czytelne, ale podpis powinien składać się z liter i umożliwiać identyfikację autora

oraz umożliwiać porównanie i ustalenie, czy został złożony w formie zwykle przez daną osobę używanej. Powyższe pozwala na jednoznaczne określenie, że podpis może przybrać postać skróconą, ale winien zawierać litery i umożliwiać identyfikację autora podpisu. Podpis skrócony, nieczytelny musi być również identyfikowalny, czyli złożony w taki sposób jaki składany jest potocznie i znany jest szerszemu kręgowi osób.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/93, wskazał między innymi, że „parałę odróżnia od podpisu przede wszystkim funkcja. Parała stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do złożenia podpisu. Nawet wówczas, gdy parafujący zamiast inicjałów zamieści na dokumencie swój pełny podpis, jego znak zachowa znaczenie przygotowania dokumentu do złożenia na nim podpisu. O merytorycznym znaczeniu znaku bowiem przesądzi w takim wypadku treść dokumentu”.

Opatrzanie znaku graficznego pieczęcią imienną nie wywołuje skutku, że określony znak graficzny staje się przez to podpisem. To podpis, a nie pieczęć imienna, ma identyfikować osobę, która go złożyła.

Czy w trybach przetargu nieograniczonego i trybie podstawowym, zamawiający może określać warunki udziału w postępowaniu i nie żądać podmiotowych środków dowodowych? Jak w takim przypadku jest dokonywana kwalifikacja podmiotowa wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu?

Na podstawie art. 57 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie natomiast z art. 124 pkt 2 i art. 273 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniach prowadzonych w trybach przetargu nieograniczonego i trybu podstawowego zamawiający może żądać

podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że w postępowaniach prowadzonych w trybach przetargu nieograniczonego i trybu podstawowego zamawiający nie musi w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ żądać podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nawet jeżeli określił warunki udziału w postępowaniu. W takim przypadku zamawiający może żądać wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych albo nie żądać ich wcale i dokonać kwalifikacji podmiotowej w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanym przez zamawiającego.

Warto również zauważyć, że na podstawie § 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zamawiający może, zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 6-9, żądać oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy zastępuje następujące podmiotowe środki dowodowe:

- 1) dokument potwierdzający, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem;

- 2) zezwolenia, licencje, koncesje lub wpis do rejestru działalności regulowanej;
- 3) odpowiednie zezwolenia, licencje, koncesje lub potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- 4) dokument potwierdzający status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- 5) sprawozdanie finansowe albo jego część, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania – za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres;
- 6) oświadczenia wykonawcy o rocznym przychodzie wykonawcy lub o przychodzie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem, za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres;
- 7) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem;
- 8) dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia;
- 9) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;
- 10) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte

- wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;
- 11) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;
- 12) opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy;
- 13) wykaz systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego;
- 14) oświadczenie o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli zdolności produkcyjnych lub zdolności technicznych wykonawcy, a w razie konieczności także dostępnych mu środków naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których wykonawca będzie korzystać – w przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje produkty lub usługi o złożonym charakterze lub w szczególnie uzasadnionych przypadkach w odniesieniu do produktów lub usług o szczególnym przeznaczeniu;
- 15) oświadczenie na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy;
- 16) wykaz środków zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego;
- 17) oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej w ostatnich 3 latach, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie;
- 18) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami;
- 19) w przypadku dostarczania produktów:
- a) próbki, opisy lub fotografie dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego,
- b) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 20) zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, w tym dostępności dla osób niepełnosprawnych, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zarządzania jakością opartych na odpowiednich seriach norm europejskich oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki;
- 21) zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemu ekzarządzania i audytu, o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekzarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylającym rozporządzenie (WE) nr 761/2001 oraz decyzje Komisji 2001/681/WE i

2006/193/WE (Dz. Urz. UE L 342 z 22.12.2009, str. 1, z późn. zm.3)), lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki.

Jak zamawiający powinien postąpić, gdy z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że opisany produkt posiada tylko jeden producent? Czy w takim przypadku zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp oraz opisać przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych (np. nazwę produktu) i wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności?

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane może wykonać tylko jeden wykonawca, i nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. To, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że opisany produkt posiada tylko jeden producent nie oznacza, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp mowa jest o „wykonawcy”, a nie producencie. Zamawiający, chcąc udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, jednemu producentowi opisanego produktu, powinien wykazać, że tylko i wyłącznie ten producent jest w stanie wykonać to zamówienie. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy istnieją inni wykonawcy, u których byłoby możliwe nabycie opisanego produktu. Jeżeli możliwe będzie nabycie opisanego produktu nie tylko u producenta, ale także na rynku sprzedaży (u sprzedawcy lub sprzedawców tego produktu), udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie

art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie będzie możliwe. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym. Dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzewidywalny. Bez znaczenia jest pochodzenie wykonawcy. Może on pochodzić z Polski lub innych państw, nie tylko członkowskich Unii Europejskiej. W przypadku art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp chodzi o istnienie monopolu na rynku dostaw, usług lub robót budowlanych. Możliwość wykonania usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę musi mieć charakter obiektywny, trwały i nieprzewidywalny. Przepis art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie dotyczy sytuacji, w której - obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje więcej niż jeden wykonawca mogący świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zamawiający musi również wykazać, że brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia, co oznacza wykazanie, że na rynku dostaw, usług lub robót budowlanych nie można nabyć substytutu, który mógłby spełniać rzeczywistą potrzebę zamawiającego określona chociażby w opisie przedmiotu zamówienia, a ten stan nie wynika z opisanego przedmiotu zamówienia celowo ukierunkowanego na konkretnego wykonawcę. Taka sytuacja występuje w przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia zawiera elementy, które nie są rzeczywistą potrzebą zamawiającego, a powodują ograniczenie ubiegania się o udzielenie zamówienia wyłącznie do jednego wykonawcy.

Pytania i odpowiedzi dotyczące ogłoszenia o wykonaniu umowy

Komunikat Urzędu Zamówień Publicznych

„W jakim terminie należy zamieścić ogłoszenie o wykonaniu umowy? Jak rozumieć pojęcie 'wykonania umowy'? Od którego momentu należy liczyć 30-to dniowy termin na zamieszczenie ogłoszenia o wykonaniu umowy w przypadku, gdy zamówienie podzielone jest na części?” Z uwagi na duże zainteresowanie zagadnieniem ogłoszenia o wykonaniu umowy, Urząd Zamówień Publicznych przygotował odpowiedzi na pytania dotyczące problematyki ogłoszenia o wykonaniu umowy. Odpowiedzi na pytania mają za zadanie ułatwić prawidłowe przygotowanie ogłoszenia o wykonaniu umowy.

Redakcja Rynku Przetargowego również zaprasza do ich lektury.

W jakim terminie należy zamieścić ogłoszenie o wykonaniu umowy?

Zgodnie z art. 448 ustawy Pzp zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) ogłoszenie o wykonaniu umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2, tj. na zasadach dotyczących zamieszczania ogłoszeń w BZP.

Obowiązek zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wykonaniu umowy, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, będzie się zatem, co do zasady, aktualizował od dnia sporządzenia protokołu odbioru lub uznania przez zamawiającego całej umowy za wykonaną, jednak to specyfika i charakter danego zamówienia będzie warunkować zdarzenie, od którego - w okolicznościach danej sprawy - powinien być

liczony termin na wypełnienie obowiązku wynikającego z ww. przepisu. Należy mieć przy tym na względzie fakt, że zamawiający nie powinien czekać z zamieszczeniem ogłoszenia o wykonaniu umowy do np. czasu zakończenia okresu gwarancji czy rękojmi, tylko wykonać ciążący na nim obowiązek w terminie 30 dni od wykonania umowy (np. przyjęcia czy odbioru przedmiotu dostawy). Jeżeli proces realizacji umowy, w tym w szczególności określone w umowie terminy na dokonanie poszczególnych czynności nie pozwalają zamawiającemu na uwzględnienie w treści ogłoszenia o wykonaniu umowy wszelkich niezbędnych i wymaganych informacji (danych), to zamieszczenie tego ogłoszenia powinno nastąpić niezwłocznie po ziszczeniu się okoliczności pozwalających na udostępnienie tych informacji w treści ww. ogłoszenia.

Jak rozumieć pojęcie „wykonania umowy”, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp?

Zgodnie z art. 448 ustawy Pzp, zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) ogłoszenie o wykonaniu umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2, tj. na zasadach dotyczących zamieszczania ogłoszeń w BZP. Przez wykonanie umowy, o którym mowa w tym przepisie należy co do zasady rozumieć wykonanie przez wykonawcę umówionego świadczenia głównego. Należy zwrócić uwagę, że początek biegu terminu, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp powinno się

każdorazowo ustalać indywidualnie w odniesieniu do danego zamówienia. Przykładowo, mogą wystąpić sytuacje, w których wykonanie robót budowlanych czy dostaw nie będzie oznaczało wykonania świadczenia głównego, z uwagi np. na obowiązek przeprowadzenia szkolenia z obsługi dostarczonego lub zamontowanego urządzenia. Należy podkreślić, że przepis art. 448 ustawy Pzp dotyczy każdej umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której realizacja została zakończona i to niezależnie od tego, czy umowa została wykonana w całości w terminie, czy też została zakończona przed terminem (i wykonana jedynie w ograniczonym zakresie) - potwierdza to treść załącznika nr 7 do rozporządzenia 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). Obowiązek zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wykonaniu umowy, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, będzie się zatem, co do zasady, aktualizował od dnia sporządzenia protokołu odbioru lub uznania przez zamawiającego całej umowy za wykonaną, niemniej to specyfika i charakter danego zamówienia będzie warunkować zdarzenie, od którego w okolicznościach danej sprawy powinien być liczony termin na wypełnienie ww. obowiązku, przy czym należy mieć na względzie fakt, że zamawiający nie powinien czekać z publikacją ogłoszenia o wykonaniu umowy do np. czasu zakończenia okresu gwarancji czy rękojmi, tylko wykonać ciążący na nim obowiązek w terminie 30 dni od wykonania umowy (np. przyjęcia czy odbioru przedmiotu dostawy). Jeżeli proces realizacji umowy, w tym w szczególności określone w umowie terminy na dokonanie poszczególnych czynności, nie pozwalają zamawiającemu na uwzględnienie w treści ogłoszenia o wykonaniu umowy wszelkich niezbędnych i wymaganych informacji (danych), to publikacja tego ogłoszenia powinna nastąpić niezwłocznie po ziszczeniu się okoliczności

pozwalających na udostępnienie tych informacji w treści ww. ogłoszenia.

Czy z zamieszczeniem ogłoszenia o wykonaniu umowy należy zaczekać do zakończenia okresu gwarancji/rękojmi?

Przez wykonanie umowy, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, należy rozumieć wykonanie przez wykonawcę umówionego świadczenia. Nałożony na zamawiającego obowiązek zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wykonaniu umowy, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, będzie się aktualizował od dnia sporządzenia protokołu odbioru lub uznania całej umowy za wykonaną. Zasadne wydaje się przyjęcie, że na potrzeby zrealizowania obowiązku przewidzianego w ww. przepisie umowę można uznać za wykonaną, gdy zrealizowany zostanie przedmiot świadczenia głównego. Mając to na uwadze zamawiający nie powinien czekać z publikacją ogłoszenia o wykonaniu umowy do np. czasu zakończenia okresu gwarancji czy rękojmi, tylko wykonać ciążący na nim obowiązek w terminie 30 dni od wykonania umowy (np. przyjęcia czy odbioru przedmiotu dostawy)

Czy zamawiający ma obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o wykonaniu umowy, jeżeli umowa nie została wykonana (w całości lub w części) z powodu rozwiązania umowy przed terminem?

Art. 448 ustawy Pzp dotyczy każdej umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której realizacja została zakończona i to niezależnie od tego, czy umowa została wykonana w całości w terminie, czy też została zakończona przed terminem (i wykonana jedynie w ograniczonym zakresie). Z pkt 5 załącznika nr 7 do rozporządzenia 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) pt.: „Przebieg realizacji umowy” wynika obowiązek zamieszczania m.in. informacji o tym, czy umowa została wykonana oraz informacji, czy umowa została wykonana należycie (ppkt 1) i 5)). Mając zatem na względzie cel przepisu art. 448 ustawy Pzp oraz zakres informacji zamieszczanych w tym ogłoszeniu, należy przyjąć, że obowiązek zamieszczenia ww. ogłoszenia aktualizuje się również w sytuacji rozwiązania umowy przed upływem terminu jej obowiązywania. W takiej sytuacji, 30 dniowy termin na wykonanie obowiązku zamieszczenia ogłoszenia należy liczyć od momentu faktycznego zakończenia realizacji umowy, ustalonego odpowiednio w danym stanie faktycznym.

Od którego momentu powinno się liczyć 30-dniowy termin na ogłoszenie o wykonaniu umowy w przypadku umowy kredytu/leasingu?

W przypadku umowy kredytu lub leasingu, dla wskazania momentu od jakiego należy liczyć termin na zamieszczenie ogłoszenia o wykonaniu umowy, istotne znaczenie mają definicje tych umów, zawarte w przepisach szczególnych. Zgodnie z art. 69 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2021 r., poz. 2439), przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Uwzględniając powyższe, przyjąć należy, że przez dzień wykonania umowy kredytu należy rozumieć dzień spełnienia całego świadczenia przez kredytobiorcę, w związku z czym termin na zamieszczenie ogłoszenia o wykonaniu umowy w takim przypadku powinien być liczony od dnia spłaty całego zadłużenia wynikającego z umowy kredytu. Analogiczne

uwagi należy poczynić w odniesieniu do umowy leasingu. Jak wynika z treści art. 7091 Kodeksu cywilnego, przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego. A zatem, przez dzień wykonania umowy leasingu należy rozumieć dzień spełnienia całego świadczenia przez korzystającego. W związku z powyższym, termin na zamieszczenie ogłoszenia o wykonaniu umowy w takim przypadku powinien być liczony od dnia spłaty wszystkich rat wynagrodzenia pieniężnego (ewentualnie przeniesienia na własność korzystającego rzeczy oddanej do korzystania przez finansującego po zapłacie wszystkich rat wynagrodzenia jeśli umowa leasingu takie przeniesienie przewiduje).

Od którego momentu należy liczyć 30-dniowy termin na zamieszczenie ogłoszenia o wykonaniu umowy w przypadku, gdy zamówienie podzielone jest na części?

Zgodnie z art. 448 ustawy Pzp, zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) ogłoszenie o wykonaniu umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2, tj. na zasadach dotyczących zamieszczania ogłoszeń w BZP. Przez wykonanie umowy, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, należy rozumieć wykonanie przez wykonawcę umówionego świadczenia. Zasadne jest przyjęcie, że obowiązek zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wykonaniu umowy, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, będzie się aktualizował od dnia sporządzenia protokołu odbioru lub uznania całej umowy za wykonaną. Na potrzeby zrealizowania obowiązku przewidzianego w ww.

przepisie umowę można uznać za wykonaną, gdy zrealizowany zostanie przedmiot świadczenia głównego. W przypadku, gdy zamówienie podzielone jest na części, umowę uznaje się za wykonaną z chwilą zakończenia realizacji ostatniej części umowy. W powyższym kontekście należy wskazać, że funkcjonalność systemu e-zamówienia umożliwia zamawiającym opublikowanie kilku ogłoszeń o wykonaniu umowy - odrębnie dla każdej z części, ale tylko w sytuacji, gdy na każdą część zamówienia została zawarta oddzielna umowa w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli natomiast zamawiający zawarł jedną umowę na objęcie przedmiotem zamówienia świadczenia (części zamówienia), wówczas publikuje jedno ogłoszenie o wykonaniu umowy (jedna umowa – jedno ogłoszenie).

Czy należy zamieścić ogłoszenie o wykonaniu umowy jeżeli należyte wykonanie umowy i wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy jest przedmiotem sporu prowadzonego na drodze sądowej?

Określony w art. 448 ustawy Pzp obowiązek publikacyjny dotyczy każdej umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której realizacja została zakończona. Mając na względzie zrealizowanie celu regulacji art. 448 ustawy Pzp wystąpienie sporu między wykonawcą a zamawiającym dotyczącego prawidłowości jej wykonania (np. w zakresie prawidłowości wykonania umowy, a co za tym idzie ustalenia należnego wynagrodzenia i ewentualnego nałożenia kar umownych) i przeniesienie tego sporu na drogę sądową nie powinno wstrzymywać realizacji przez zamawiającego obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o wykonaniu umowy.

Czy istnieje obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o wykonaniu umowy w przypadku umów zawartych na czas nieoznaczony?

W przypadku umów zawieranych na czas nieoznaczony nie dochodzi do wykonania umowy rozumianego jako jej finalne zakończenie. Świadczenia objęte taką umową mają bowiem charakter powtarzalny, są wykonywane stale i nieprzerwanie, a termin zaprzestania ich realizacji nie jest określony przez strony tej umowy. W takiej sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego jest wykonywana w sposób ciągły, nie istnieje z góry ustalony moment, w którym zamawiający może uznać taką umowę za wykonaną. W związku z powyższym, kierując się celowościową wykładnią art. 448 ustawy Pzp, nakazującą uznawać, że obowiązek zamieszczenia ogłoszenia odnosi się do umów wykonanych, a więc finalnie zakończonych, uzasadniony jest wniosek, że w zakresie umów zawartych na czas nieoznaczony zamawiający nie jest zobligowany do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) takiego ogłoszenia (chyba że dojdzie do odstąpienia od tej umowy lub jej wypowiedzenia). Powyższe potwierdza treść załącznika nr 7 do rozporządzenia 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), który określając zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o wykonaniu umowy wskazuje na wymóg oznaczenia okresu, na jaki została zawarta przedmiotowa umowa oraz terminu jej wykonania wraz z informacją, czy umowę wykonano w pierwotnie określonym terminie. Wymienione okoliczności, jak zostało zaś podkreślone wyżej, są nie do wykazania w przypadku umów zawartych na czas nieoznaczony, z wyjątkiem zakończenia tych umów następującego np. na skutek odstąpienia od nich lub ich wypowiedzenia.

Czy art. 448 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do umów ramowych i umów wykonawczych zawartych w wyniku udzielenia zamówień objętych umową ramową?

Zgodnie z art. 448 ustawy Pzp, zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) ogłoszenie o wykonaniu umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Przepis ten nie znajduje zastosowania do umów ramowych i umów wykonawczych zawartych w wyniku udzielenia zamówień objętych umową ramową. Powyższe podyktowane jest specyfiką i charakterem tych umów. Obowiązek, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, dotyczy wyłącznie umów zawartych po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast nie dotyczy szczególnych instrumentów i procedur w zakresie zamówień, jakim jest umowa ramowa. Nie ma zatem obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o wykonaniu umowy w przypadku umowy ramowej ani także umowy wykonawczej.

Czy w ogłoszeniu o wykonaniu umowy, wskazując łączną wartość wynagrodzenia wypłaconą z tytułu zrealizowanej umowy należy uwzględnić ewentualne potrącenia (np. z tytułu nałożonych kar umownych)?

Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o wykonaniu umowy znajduje się w załączniku nr 7 do rozporządzenia 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). Zgodnie z pkt 5 ppkt 4) ww. załącznika w ogłoszeniu tym należy podać „łączną wartość wynagrodzenia wypłaconą z tytułu zrealizowanej umowy”, przez którą należy rozumieć całkowitą kwotę, jaką zamawiający wypłacił wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia. Rozporządzenie odnosi zatem łączną wartość wynagrodzenia do kwot pieniężnych wypłaconych z tytułu

zrealizowanej umowy. W związku z powyższym, jeśli z należnego wykonawcy wynagrodzenia (w związku z realizacją umowy) zostały naliczone i potrącone kary umowne, należy podać kwotę po potrąceniu.



Kto zamieszcza ogłoszenie o wykonaniu umowy - podmiot, który prowadził postępowanie, czy ten, który podpisał umowę?

Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o wykonaniu umowy, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, spoczywa na podmiocie, który przeprowadził postępowanie. Oznacza to, że ogłoszenie o wykonaniu umowy zamieszcza zamawiający, który przeprowadził postępowanie, nawet jeśli umowę w sprawie zamówienia publicznego zawarł inny zamawiający. Powyższe może mieć miejsce w sytuacji, gdy postępowanie prowadzone było przez centralnego zamawiającego.

Czy treść ogłoszenia o wykonaniu umowy może potwierdzać należyte wykonanie umowy?

Stosownie do treści § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U z 2020 r., poz. 2415), zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej może w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu dostaw lub usług, żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone

przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie 3 miesięcy. Przytoczony powyżej przepis w sposób otwarty określa możliwość udokumentowania należytego wykonania dostaw lub usług. Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia może być zatem wskazywane za pomocą nie tylko referencji, ale także różnych innych dokumentów. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność co do ich formy i treści, z zastrzeżeniem jednak, że w każdym przypadku z dokumentu takiego powinno wynikać wykonanie dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia). Należy zatem wskazać, że innym dokumentem w rozumieniu w § 9 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia może być również ogłoszenie o wykonaniu umowy, jeśli zakres informacji w nim zawartych, świadczy o spełnieniu ww. wymogu. Podkreślić jednak należy, że dokumenty wymienione w przedmiotowym rozporządzeniu zawsze podlegają ocenie zamawiającego, dlatego też to wykonawca w sposób rzetelny i kompleksowy winien ocenić, czy „inny dokument”, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, potwierdza spełnienie przez niego warunków udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej.

Źródło:

<https://www.gov.pl/web/uzp/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-ogloszenia-o-wykonaniu-umowy>

<https://www.gov.pl/web/uzp/pzp---pytania-i-odpowiedzi---ogloszenie-o-wykonaniu-umowy>



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