

Rynek Przetargowy

DWUMIESIĘCZNIK UCZESTNIKÓW RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

LIPIEC - PAŹDZIERNIK 2023 | NUMER 4-5/2023 (9-10) | ISSN 2720-6084

Brak w umowie
wskazania łącznej
maksymalnej
wysokości kar
umownych

Pozorny
podwykonawca

Czy można
poprawić
w gwarancji
wadialnej oczywistą
omyłkę pisarską

Złożenie fałszywego
wykazu robót
budowlanych
oraz fałszywych
referencje

Unieważnienie
postępowania,
czy jest
dopuszczalna
waloryzacja
wynagrodzenia
wykonawcy
na poziomie 1%

Czy zamawiający
musi dopuścić
możliwość złożenia
oferty przez
każdego
zainteresowanego
wykonawcę

Wyniki kontroli
Prezesa UZP



**Unieważnienie
postępowania,
gdy środki publiczne
na sfinansowanie
zamówienia
nie zostały przyznane**

Rynek Przetargowy

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

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

SEKRETARZ REDAKCJI
Maciej Nowicki
redakcja@rynekprzetargowy.pl

WSPÓŁPRACA I PATRONAT
redaktor.naczelnny@rynekprzetargowy.pl

BIURO REKLAMY
redakcja@rynekprzetargowy.pl

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

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

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Józef Edmund Nowicki
Maciej Nowicki

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

ŹRÓDŁO ZDJĘĆ
pixabay.com



Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy nie może być iluzoryczne

Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zakaz powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy nie budzi żadnych wątpliwości. Za dopuszczalnością powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy nie przemawia fakt, iż wykonawca i tak odpowiada za wykonanie całości zamówienia. Nie można bowiem utożsamiać odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu zamówienia z ustawowym dopuszczeniem powierzania wykonania tylko części zamówienia podwykonawcy. Na niedopuszczalność powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy wskazuje również definicja umowy podwykonawczej.

Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy nie będzie możliwe, gdy zamawiający zastrzeże obowiązek osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Kluczowa część zamówienia nie powinna być rozumiana jako część główna z punktu widzenia rozmiaru zamówienia czy wartości wykonywanych prac, jeżeli bierze się pod uwagę nakaz zachowania uczciwej konkurencji.

Niedopuszczalne jest powierzenie podwykonawcy lub podwykonawcom wykonania części zamówienia w rozmiarze lub wielkości, jeżeli wskazywałoby to na pozorność czynności złożenia oferty przez wykonawcę. Powierzenie przez wykonawcę wykonania znaczącej części zamówienia podwykonawcy będzie świadczyć o pozorności takiej czynności.

Więcej o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy w aktualnym numerze Rynku Przetargowego.

Józef Edmund Nowicki

Redaktor naczelny

Spis treści

	<i>UMOWA W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO</i>			<i>WALORYZACJA WYNAGRODZENIA</i>
5	Brak w umowie wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych	39		Unieważnienie postępowania, czy jest dopuszczalna waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy na poziomie 1%
	<i>POWIERZENIE WYKONANIA CZĘŚCI ZAMÓWIENIA PODWYKONAWCY</i>			<i>OPINIE PRAWNE I KOMUNIKATY URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH</i>
12	Pozorny podwykonawca	42		Dopuszczalne formy przedłożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotowego środka dowodowego, jakim jest zaświadczenie wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych
	<i>WADIUM</i>			
15	Czy zamawiający na wniosek wykonawcy mógł dokonać „przeksięgowania” wadium z innego postępowania do prowadzonego postępowania	45		Zamówienia na publiczną usługę rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publiczną usługę hybrydową
	<i>POPRAWIANIE W OFERCIE INNYCH OMYŁEK</i>			<i>WADIUM</i>
18	Zaoferowanie cen jednostkowych w wysokości 0,00 złotych, w kilku pozycjach kosztorysu ofertowego	47		Czy można poprawić w gwarancji wadialnej oczywistą omyłkę pisarską
20	Brak cen w kilku pozycjach kosztorysu ofertowego	50		<i>UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA</i>
	<i>TREŚĆ OFERTY I PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE</i>			Czy można unieważnić postępowanie przed przeprowadzeniem fakultatywnych negocjacji
25	Co stanowi treść oferty I czy przepisy określają, w jaki sposób przedmiotowe środki dowodowe mają być sporządzone	53		Unieważnienie postępowania w postępowaniu przewidującym opcję
	<i>ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCY</i>			<i>WYNIKI KONTROLI PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH</i>
27	Czy zamawiający musi dopuścić możliwość złożenia oferty przez każdego zainteresowanego wykonawcę	58		Wartość gospodarcza informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach
	<i>KARY UMOWNE W UMOWIE W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO</i>			
30	Łączną maksymalną wysokość kar umownych w wysokości 100% wartości wynagrodzenia wykonawcy	61		Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia
	<i>WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIA WYKONAWCY</i>			
33	Złożenie fałszywego wykazu robót budowlanych oraz fałszywych referencji	64		Ograniczanie zakresu zamówienia bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron
	<i>UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA</i>			Aktualność podmiotowych środków dowodowych
35	Unieważnienie postępowania, gdy środki publiczne na sfinansowanie zamówienia nie zostały przyznane zamawiającemu	68		



BRAK W UMOWIE WSKAZANIA ŁĄCZNEJ MAKSYMALNEJ WYSOKOŚCI KAR UMOWNYCH

**WALORYZACJA MA NAJWIĘKSZE ZNACZENIE W PRZYPADKU UMÓW WIELOLETNICH,
W PRZYPADKU KTÓRYCH WYKONAWCĘ OBCIĄŻAJĄ ZNACZNIE WIĘKSZE RYZYKA
ZWIĄZANE ZE WZROSTEM KOSZTÓW WYKONANIA ZAMÓWIENIA
W CAŁYM OKRESIE JEGO REALIZACJI.**

Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazał, że „Zamawiający w trakcie przygotowań do podpisania umowy z Wykonawcą zadania powziął informacje, że umowa musi zostać zmieniona i uszczegółowiona o ważne elementy, których nie zawierał projekt umowy, będący załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia, a które są istotne z punktu prawidłowości realizacji zadania inwestycyjnego objętego przedmiotem zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, że projekt umowy nie zawierał wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, oraz wartości wynikających z art. 439 ust. 2 wskazanej ustawy. Projekt umowy stanowi integralną treść zamówienia, a jej projektowana treść powinna być finalna z uwagi na brak możliwości jej negocjowania. W ocenie Zamawiającego zmiana i uszczegółowienie projektu umowy na tym etapie postępowania jest niedopuszczalna z uwagi na spowodowanie udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, co wypełnia przesłanki z art 457 ust. 1 pkt 1 wskazanej ustawy.”

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wniosli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do

usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na stwierdzenie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że żadna z wad wskazana przez Zamawiającego jako powód unieważnienia postępowania nie jest wadą postępowania, ale wadą umowy, a Zamawiający nie wykazał, że stwierdzona wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że nawet jeśli takie braki wystąpiły - nie powodują niemożności zawarcia umowy lub nieważności umowy - gdyby taka umowa została zawarta:

Po pierwsze - wykonawca zawierając umowę może wyrazić zgodę na brak określenia maksymalnej wysokości kar umownych lub zasad waloryzacji wynagrodzenia z art. 439 ustawy Pzp.

W tym zakresie - wykonawca składając ofertę mógł uwzględnić, że poniesie ryzyko zawarcia umowy bez ograniczenia wysokości kar umownych, Jest to korzystne dla Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że istnieją mechanizmy które odpowiadają funkcjonalnie ewentualnemu brakowi postanowienia o maksymalnej wartości kar umownych. Przykładowo należy wskazać, że kara umowna - może być miarkowana w oparciu o art. 484 § 2 k.c.

Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 3 lutego 2021 r., V CSKP 17/21: „Miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela”.

Odwołujący wskazał także wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, I Wydział Cywilny z dnia 27 maja 2021 r., I AGa 21/21: „Stosowanie normy art. 484§ 2 k.c. stanowi niewątpliwie wyraz tzw. prawa sędziowskiego (normy prawa materialnego przewidującej jurysdykcijną kompetencję do ingerencji w treść stosunku prawnego i odpowiednio ukształtowania w jego ramach praw i obowiązków stron). Ingerencja ta ma doprowadzić (przy uwzględnieniu przesłanek ustawowych) do skutków, w których ostateczna (przesądzona) wysokość kary umownej odpowiadać będzie wyważonym ad casum, słusznym interesom obu stron. (wierzyciela i dłużnika)”.

Odwołujący wskazali - w odniesieniu do braku zasad waloryzacji ustawowej - wykonawca może uwzględnić, że Zamawiający nie będzie prowadził waloryzacji na podstawie art. 439 ust. 2 ustawy Pzp. Ewentualny brak waloryzacji jest korzystny dla Zamawiającego.

Odwołujący wskazali również, że istnieją mechanizmy prawne - które nawet przy braku takich postanowień dają możliwość waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy - w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca mógł więc uwzględnić możliwość

waloryzacji na podstawie innych postanowień Umowy, a także na podstawie przepisów kodeksu cywilnego oraz przepisów ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

Ponadto, na podstawie art. 632 § 2 k.c. Wykonawca może wystąpić do sądu z powództwem o ukształtowanie stosunku prawnego poprzez zwaloryzowanie wynagrodzenia albo rozwiązanie umowy: „Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę”.

Uwzględniając powyższe - można rozważać zarówno tzw. waloryzację sądową jak również - ewentualne skorzystanie z procedury mediacyjnej na podstawie art. 591 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że również Zamawiający w projekcie umowy - w § 16 ust. 2 - przewidział możliwość skorzystania z procedury mediacyjnej, o której mowa w art. 591 ustawy Pzp:

„W przypadku powstania sporu pomiędzy stronami w związku z realizacją niniejszej umowy o roszczenia cywilnoprawne w sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, strony będą dążyły do polubownego uregulowania sporu i zobowiązują się do poddania rozstrzygnięcia sporu mediacjom lub innemu polubownemu rozwiązaniu sporu przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranym mediatorem albo osobą prowadzącą inne polubowne rozwiązanie sporu”.

Odwołujący dalej wskazuje na art. 357¹ k.c. Na podstawie art. 357¹ k.c. wykonawca może wystąpić do sądu z powództwem o ukształtowanie stosunku prawnego poprzez waloryzację wynagrodzenia umownego albo jej rozwiązanie:

„Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym”.

Odwołujący wskazał, że zarówno w przypadku określenia limitu kar umownych, jak i zasad waloryzacji umownej - w ustawie Pzp nie określono sankcji związanej z brakiem określenia w umowie przedmiotowych postanowień.

W wyroku z dnia 5 listopada 2021 r., KIO 3134/21, Krajowa Izba odwoławcza uznała, że „Kolejną okolicznością - wskazaną przez Zamawiającego - jako stanowiącą podstawę unieważnienia postępowania jest brak w projekcie umowy postanowienia dotyczącego kar umownych. Zgodnie z art. 436 ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy winna zawierać postanowienie dotyczące wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art 439 ust 5 ustawy Pzp. Brak tego postanowienia - jak słusznie podniósł przystępujący - nie skutkuje sankcją. Tym samym nie może skutkować unieważnieniem postępowania”.

Odwołujący wskazał, że w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp mowa jest o wadzie postępowania - a nie wadzie umowy. Już z tego względu czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jest nieprawidłowa. Przestanką unieważnienia jest wada bowiem wada postępowania, a nie wada umowy. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, chodzi o naruszenia przepisów

ustawy odnoszących się do udzielania zamówienia, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2022 r., KIO 169/22, w którym skład orzekający uznał, że „Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie”.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2020 r., KIO 2402/20, odnoszącym się do przepisów Pzp2004, zachowującym aktualność również na gruncie ustawy Pzp stwierdzono: „Izba podziela poglądy doktryny i orzecznictwa, prezentowane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, odnośnie możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w sytuacji gdy postępowanie jest obarczone wadami, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć”.

Odwołujący wskazał również, że w przedmiotowym stanie faktycznym brak określenia limitu kar umownych oraz brak zasad waloryzacji ustawowej - nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Braki w projekcie umowy nie spowodowały również nieporównywalności złożonych ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że postępowanie cechowała wysoka konkurencyjność - złożono aż siedem ofert, a wada postępowania musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający musi więc przyporządkować do stwierdzonej wady postępowania - odpowiednią przesłankę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wskazał, że zachodzi podstawa do unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp., z

czym nie sposób się zgodzić. Przepis ten dotyczy bowiem sytuacji, w której zamawiający z naruszeniem ustawy zaniechał zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie - co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21: „Zamawiający błędnie interpretuje przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem uważa, że przepis ten zawiera dwie odrębne przesłanki. Pierwsza to naruszenie przepisów ustawy, a druga to brak zamieszczenia ogłoszenia. () Nie można zgodzić się z takim rozumieniem ww. przepisu. Z przepisu wynika bowiem wprost, że

unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na jego podstawie dotyczy sytuacji udzielenia z naruszeniem ustawy zamówienia tj. bez zamieszczenia lub publikacji ogłoszenia wszczynającego to postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego. Wbrew zatem stanowisku Zamawiającego nie występują w nim dwie niezależne przesłanki, tj. jedna to udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, a druga to brak zamieszczenia stosownego ogłoszenia o zamówieniu, lecz chodzi o jedną przesłankę, obejmującą dwa przypadki tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy”.

Odwołujący wskazuje dalej na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2021 r., KIO



3659/21: „Przepis ten powinien być bowiem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 ustawy Pzp, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy. Odwołujący powinien zatem wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art 457 ust 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.”

W ocenie Odwołującego Zamawiający całkowicie błędnie przyporządkował brak określenia limitu kar umownych oraz brak określenia wskaźników waloryzacji w projekcie umowy o zamówienie publiczne - jako wypełniające przesłanki unieważnienia umowy na podstawie w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie wskazał innej podstawy unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 Pzp - tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp wystąpienie innych wad w postępowaniu niż określone w tym przepisie - nie może być podstawą do unieważnienia postępowania. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2021 r., KIO 3596/21, którym stwierdzono, że „Ustalenie czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane

przez odniesienie danego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art 457 ust 1 ustawy Pzp. W przepisach tych wymienione zostały bowiem wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia postępowania. Oznacza to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia”.

Odwołujący wskazał również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2021 r., KIO 3134/21: „Obecnie obowiązujące przepisy nowej ustawy Pzp, jak słusznie podnosił Odwołujący, ograniczają 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 uchylonej Pzp2004 (przepis ten przewidywał możliwość wystąpienia do sądu przez Prezesa UZP 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). Tym samym ograniczona została możliwość unieważnienia umowy wyłącznie do okoliczności wymienionych enumeratywnie w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast w przypadku stwierdzenia możliwości wystąpienia z żądaniem unieważnienia umowy z powodu zaistnienia innych przesłanek niż określone w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp - aktualność zachowuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do przepisów ustawy Pzp z 2004 r., z którego wynika, że w każdym przypadku chodzi o wadę istotną, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania”.

Odwołujący wskazał także na art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym nakłada na Zamawiającego obowiązek zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, o unieważnieniu postępowania - z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i

prawnym nie podał natomiast uzasadnienia dla wszystkich przesłanek określonych w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem - zamawiający powinien wykazać wadę niemożliwą do usunięcia, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający zawarł twierdzenie co do „niemożliwości do usunięcia”, natomiast nie uzasadnił, dlaczego wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający powinien więc wykazać, że niemożliwe jest zawarcie umowy „niepodlegającej” unieważnieniu. Określenie to oznacza, że Zamawiający musi wykazać, że zawarcie umowy w obecnym kształcie - powodowałoby, że podlegałaby ona unieważnieniu.

W wyroku z dnia 30 marca 2022 r., KIO 636/22 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że stwierdzenie przez Zamawiającego, że postępowanie jest obciążone określoną wadą (w tym przypadku niezgodnością projektowanych postanowień umowy z art. 436 pkt 3 oraz art. 439 ust. 2 ustawy Pzp), nie jest wystarczającą przesłanką unieważnienia postępowania. Zamawiający powinien dodatkowo ustalić – oraz wykazać w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania - że wady te są na tyle istotne, że uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w obecnym stanie prawnym brak jest odpowiednika art. 146 ust. 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zauważenia wymaga jednak, że bywają sytuacje, kiedy kontynuowanie postępowania prowadziłoby do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na

wynik tego postępowania. W tej sytuacji – zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - zasadne mogłoby być skorzystanie z art. 70⁵ k.c. w związku z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp. Pierwszy z tych przepisów 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. Zgodnie z drugim z ww. przepisów, 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. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp określenie warunków zamówienia wpływa na wynik postępowania. Zamawiający, unieważniając postępowanie, musiałby jednak wykazać, że naruszenie przepisów prawa, którego dopuszczono się w toku postępowania, co najmniej mogło wpłynąć na jego wynik. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał, że umowa mogłaby podlegać unieważnieniu ze wskazanych wyżej powodów.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się z Zamawiającym, że „z treści zawiadomienia wynika jednoznacznie, iż wskazane przez zamawiającego wady są na tyle istotne z punktu widzenia ustawy Pzp (w istotny sposób naruszają przepisy ustawy), że niemożliwe jest ich usunięcie, a co za tym idzie niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego”. Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania w ogóle nie odnosi się do kwestii wpływu dostrzeżonych naruszeń przepisów ustawy na wynik postępowania.

Ponadto, Odwołujący na rozprawie wskazywał, że ewentualne wady w tej umowie nie mają charakteru istotnego i nie uniemożliwiają ani nie

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

Reasumując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, brak określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, jak i brak zasad waloryzacji wynikającej z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik prowadzonego postępowania ani na czynność badania i oceny ofert i nie uniemożliwiało zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał, że zachodzi podstawa unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej jest to błędna podstawa prawna podana przez Zamawiającego, na co zwrócił uwagę także Odwołujący. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

W związku z powyższym dotyczy to sytuacji, w której zamawiający z naruszeniem ustawy zaniechał zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi

Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie (tak w wyroku z dnia 18 listopada 2021 r., KIO 3204/21). Zatem wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna, na której oparł tezę, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu, jest całkowicie nieadekwatna do stanu faktycznego niniejszej sprawy, a powołanie jej jako uzasadniającej unieważnienie postępowania było błędne.

Ponadto, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku gdyby kary były wygórowane, to można byłoby zastosować instytucję miarkowania kary umownej, o której mowa w art. 484 § 2 k.c, zgodnie z którym, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Zwrócił na to uwagę także Odwołujący na rozprawie, jak i w pismach procesowych. Jako przykład Odwołujący wskazał uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 9.12.2021 r., III CZP 16/21 (dowód wniesiony na rozprawie). Izba wskazuje, że możliwość taką daje art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że rację ma Odwołujący stwierdzając, że zamawiający wskazał „wadę” oraz zawarł twierdzenie co do „niemożliwości do usunięcia”, ale nie uzasadnił, dlaczego wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

POZORNY PODWYKONAWCA

KONSEKWENCJĄ DOPUSZCZENIA MOŻLIWOŚCI POWIERZENIA WYKONANIA CAŁOŚCI ZAMÓWIENIA PODWYKONAWCY BYŁOBY FUNKCJONOWANIE NA RYNKU PODMIOTÓW, KTÓRYCH ROLĄ BYŁOBY WYŁĄCZNIE WYGRYWANIA POSTĘPOWAŃ, A NIE REALIZACJA ZAMÓWIENIA UDZIELONEGO WYKONAWCY. W TAKIM PRZYPADKU, FAKTYCZNYM WYKONAWCĄ BYŁBY PODWYKONAWCA, NIE ZAŚ WYKONAWCA.

Na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W praktyce udzielania zamówień publicznych funkcjonuje błędny pogląd, że przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować jako absolutnego zakazu powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy. W ocenie niektórych praktykujących w zamówieniach publicznych wykonawca może powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy, ponieważ ustawodawca w żadnym przepisie ustawy Pzp nie sformułował zakazu powierzania całości zamówienia podwykonawcy. Zakaz powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy od wielu lat nie budzi żadnych wątpliwości na gruncie przepisów Pzp2004, obowiązującej 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, a następnie zlecanie wykonania całości np. robót budowlanych podwykonawcy lub podwykonawcom, a nie 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).

Na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądowego prawidłowa wykładnia art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest następująca.

Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy nie będzie możliwe, gdy zamawiający zgodnie z art. 60 pkt 1 lub art. 121 pkt 1 ustawy Pzp, zastrzeże obowiązek osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Jeśli zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę np. kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane, wykonawca może powierzyć wykonanie tylko części zamówienia podwykonawcy. Odmienne interpretacja art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest nieuprawniona i wykracza

poza reguły wykładni tego przepisu. Taka interpretacja jest prezentowana w orzecznictwie (zob. wyrok z dnia 11 czerwca 2014 r., KIO 1075/14, wyrok z dnia 27 lutego 2020 r., KIO 299/20, wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2971/20 i KIO 2976/20, uchwała z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16). Konsekwencją dopuszczenia możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywania postępowań, a nie realizacja zamówienia udzielonego wykonawcy. W takim przypadku, faktycznym wykonawcą byłby podwykonawca, nie zaś wykonawca. Zgodnie natomiast z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp „Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. I nic tu po zasadzie, iż co nie jest zakazane jest dozwolone. Zresztą w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym pogląd jest ugruntowany: wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy. W wyroku z dnia 5 maja 2021 r., XXIII Zs 11/21 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 Pzp2004, a następnie w ustawie Pzp określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Sąd zwrócił uwagę, że „wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.” Potwierdza to również

orzecznictwo z 2023 r. (np. wyrok z dnia 14 marca 2023 r., KIO 539/23).

Niedopuszczalne jest powierzenie podwykonawcy lub podwykonawcom wykonania części zamówienia w rozmiarze lub wielkości, jeżeli wskazywałoby to na pozorność czynności złożenia oferty przez wykonawcę (np. powierzenie podwykonawcy lub podwykonawcom 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 między innymi 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.

Na niedopuszczalność powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę również w wyroku z dnia 2 czerwca 2023 r., KIO 1388/23. W postępowaniu, do którego odnosi się wyrok KIO 1388/23, zamawiający wymagał, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców. W SWZ zamawiający zobowiązał wykonawcę, aby przed podpisaniem umowy dostarczył wykaz części prac powierzonych podwykonawcy zgodnie ze wzorem załącznika nr 8 do SWZ („Wykaz części prac powierzonych podwykonawcy”) - w przypadku, gdy wykonawca wskaże w formularzu ofertowym uczestnictwo podwykonawcy.

Na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z

prośbą o informację, jaki zakres prac w części 3 zamówienia („Naprawa dokowa B-11”) zostanie powierzony podwykonawcy. Zamawiający zaznaczył przy tym, że niedopuszczalnym jest powierzenie całości prac (100%) w tej części zamówienia. Odpowiadając na wezwanie Odwołujący oświadczył, że „zakres prac w przedmiocie zamówienia - Naprawa dokowa B-11 - powierzony Podwykonawcy - obejmuje następujące pozycje Wykazu Prac Naprawczych: punkt 9, podpunkt 6 - zamontowanie układu kontrolno-pomiarowego poziomu cieczy, gęstości oraz temperatury w zbiornikach paliwa. Konserwacja zbiorników. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w zakresie części nr 3 oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jako niezgodna z przepisami ustawy ze względu na powierzenie przez Odwołującego wykonania całości zamówienia podwykonawcy oraz następczą zmianę oferty. Zamawiający argumentował, że z treści Formularza ofertowego wynika, że zakres planowanego przez Odwołującego podwykonawstwa pokrywa się dokładnie z zakresem zamówienia (część nr 3). Zdaniem Zamawiającego, treść oświadczenia Odwołującego w sposób jednoznaczny wskazuje, że Odwołujący zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy całe zamówienie publiczne, co jest niezgodne z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że złożone przez Odwołującego w formularzu ofertowym oświadczenie o powierzeniu podwykonawcy wykonania zamówienia w postaci części nr 3, powtórzone w załączniku nr 8 do SWZ, jest niezgodne z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

CZY ZAMAWIAJĄCY NA WNIOSEK WYKONAWCY MÓGŁ DOKONAĆ „PRZEKSIEGOWANIA” WADIUM Z INNEGO POSTĘPOWANIA DO PROWADZONEGO POSTĘPOWANIA

USTAWA NIE ZNA FORMY WNOSZENIA WADIUM, KTÓRA POLEGAŁBY NA PRZEKSIEGOWANIU WADIUM WNIESIONEGO W INNYM POSTĘPOWANIU. KATALOG MOŻLIWYCH, PONIEWAŻ KATALOG FORM WNOSZENIA WADIUM JEST ZAMKNIĘTY.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust.1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. art. 97 ust. 5, ust. 7 i ust. 8 ustawy Pzp oraz z art.16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wniósł wadium w sposób zgodny z ustawą Pzp.

Uprzednio prowadzone postępowanie zostało unieważnione w dniu 26 stycznia 2023 r. Oznacza to, iż z momentem unieważnienia zamawiający winien był dokonać zwrotu wadium, chyba że nie upłynął termin do wniesienia odwołania. Przyjmując, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy przysługiwał środek zaskarżenia, termin na jego wniesienie upłynął 5 lutego 2023 r. W związku z tym w dniu 6 lutego rozpoczął bieg ustawowy termin na obowiązkowy zwrot wadium (wadium należy zwrócić niezwłocznie, nie później niż w 7 dni). W ocenie odwołującego zamawiający nie jest uprawniony do dokonania czynności przeksięgowania kwoty wadium z innego postępowania, ponieważ nie pozwalają na takie działanie przepisy ustawy Pzp. Jeżeli ustawa Pzp jednoznacznie nakazuje zwrot wadium

niezwłocznie po wystąpieniu ustawowych przesłanek, to zamawiający w braku przepisu pozwalającego na inne działanie, jest obowiązany takiego zwrotu dokonać. Co więcej takie przeksięgowanie kwoty wadium powoduje, że inni wykonawcy nie wiedzą, kiedy, jaką kwotę, z jakim oznaczeniem wpłacił wykonawca. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał podania konkretnej informacji w przypadku wnoszenia wadium w formie pieniężnej, wraz z podaniem nr postępowania, którego wadium dotyczy. W konsekwencji należy uznać, że wykonawca nie wniósł wadium w przedmiotowym postępowaniu lub też ewentualnie wniósł je w sposób nieprawidłowy. W związku z czym jego oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1pkt 14 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego sama czynność przeksięgowania wadium z innego postępowania budzi również wątpliwości co do skuteczności zabezpieczenia, z uwagi na fakt, iż na dzień zgody na przeksięgowanie wykonawca nie złożył jeszcze oferty. Pytaniem otwartym zatem pozostaje czy w ogóle oferta wykonawcy była

zabezpieczona wadium w wyniku zgody na czynność przeksięgowania, która nie wiadomo czy i w ogóle nastąpiła. W istocie pismo informujące o zgodzie na przeksięgowanie wadium z jednego postępowania na drugie w żadnym stopniu nie potwierdza, że do takiej czynności rzeczywiście doszło.

W ocenie Odwołującego na uwagę zasługuje również fakt, iż w przypadku „przeksięgowania” kwoty wadium z innego postępowania to nie wykonawca wnosi wadium, a wniesienie następuje w wyniku działania zamawiającego i jest od tego działania zależne. Zatem nie ma w ogóle wniesienia wadium przez wykonawcę. W sposób oczywisty narusza to zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Przeksięgowania kwoty wniesionej w innym postępowaniu nie dopuszcza ustawa jako dopuszczalnej formy wniesienia wadium. Takiej możliwości nie dopuścił również zamawiający w treści specyfikacji. Przyzwolenie na takie działanie zamawiającego oznacza w istocie przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ nie wiadomo kiedy i w jakiej formie zamawiający dopuści składanie wadium (podczas gdy katalog możliwych form wniesienia wadium jest zamknięty).

Ponadto, jak wskazują poglądy doktryny: „Art. 97 ust. 7 ustawy Pzp przewiduje zamknięty katalog

form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Form wadium określonych w art. 97 ust. 7 Pzp nie mogą zastąpić ich substytuty, np. blokada środków na rachunku wykonawcy. Wniesienie wadium w formie innej niż formy określone w art. 97 ust. 7 należy utożsamić z nieprawidłowym wniesieniem wadium, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 7 pkt 74 Pzp”. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winiarza).

W ocenie Zamawiającego celem ustanowienia wadium, wynikającym z PZP, jest zabezpieczenie potencjalnych interesów Zamawiającego przed niesumiennym postępowaniem Wykonawców w całym okresie, kiedy pozostają oni związani złożonymi przez siebie ofertami. Uznaje się, że wadium stanowi finansowe zabezpieczenie interesów Zamawiającego przed nierzetelnym Wykonawcą, który poprzez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania.

Zdaniem Zamawiającego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że wadium pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doniosłą rolę - stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe



kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań (tak w wyroku z dnia 11 marca 2015 r., KIO 368/15). Rolą wadium jest umożliwienie podmiotowi zamawiającemu doprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do momentu zawarcia umowy, zagwarantowanie efektywności zamówień publicznych oraz skuteczne przeciwdziałanie znowom przetargowym (tak w uchwale z dnia 2 lipca 2019 r., KIO/KU 46/19).

Zamawiający zwrócił uwagę, że to fakt znajdowania się kwoty pieniężnej na rachunku zamawiającego przesądza o jego wniesieniu (skutecznym). Za skuteczne wniesienie wadium należy uznać sytuację, kiedy uznanie na rachunku bankowym zamawiającego następuje przed upływem terminu składania ofert. (...) Natomiast przez uznanie rachunku zamawiającego należy rozumieć moment zaksięgowania przez bank prowadzący ten rachunek wpłaconej przez wykonawcę kwoty wadium, gdyż dopiero od tego momentu zamawiający może dysponować kwotą wadium. Wykonanie dyspozycji przelewu, czego potwierdzeniem jest „potwierdzenie przelewu”, jest wystarczające do uznania wniesienia wadium, jeżeli kwota wadium znajduje się na rachunku zamawiającego. Jeżeli natomiast zamawiający nie może dysponować żądaną kwotą, nie można uznać, że wadium w formie pieniężnej zostało wniesione

W ocenie Zamawiającego wykonawca wniósł wadium w formie pieniężnej w sposób skuteczny, a zatem brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Wadium zostało wniesione w formie przelewu bankowego przed upływem terminu składania ofert w formie pieniężnej określonej w art. 97 ust. 7 pkt 1 ustawy Pzp oraz w wymaganej przez Zamawiającego wysokości. Jest ono przechowywane na rachunku

bankowym Zamawiającego zgodnie z dyspozycją Wykonawcy. Wadium wniesione przez Wykonawcę pokrywa i zabezpiecza interesy Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadium w pełnym zakresie.

Zamawiający wskazał, że czynność „przeksięgowania” była konsekwencją przyjęcia oświadczenia woli Wykonawcy o rezygnacji ze wskazania konta bankowego do zwrotu wadium i przeznaczeniu środków wpłaconych przelewem przez Wykonawcę i znajdujących się wciąż na rachunku bankowym Zamawiającego, tytułem wadium w kolejnym prowadzonym postępowaniu o tym samym tytule, mającym na celu aktualizację zabezpieczenia kwotą wadium aktualnego postępowania o zamówienie publiczne na tym samym rachunku bankowym.

W wyroku z dnia 24 kwietnia 2023 r., KIO 939/23, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Dokonana przez Zamawiającego czynność „przeksięgowania” nie narusza także zasady równości i konkurencyjności. Wprost przeciwnie - zwrot wadium, a następnie jego wpłata na ten sam rachunek bankowy ze wskazaniem innego numeru postępowania (tytułu postępowania pozostał bowiem bez zmian) byłoby nie tylko nieracjonalne, ale także stawiałoby w gorszym położeniu wykonawcę, którego środkami dysponowałby Zamawiający po unieważnieniu postępowania. Wykonawca taki musiałby czekać na dokonanie zwrotu, a następnie dokonać ponownie wpłaty, co wiąże się z ryzykiem czasowym. Z uwagi na pilność zamówienia publicznego termin na składanie ofert był skrócony. Mogłaby zatem zaistnieć sytuacja, że Wykonawca musiałby wpłacić „nową” kwotę wadium na rachunek bankowy Zamawiającego, podczas gdy na rachunku bankowym Zamawiającego znajdowało się wadium, które musiałoby zostać zwrócone, wbrew dyspozycji Wykonawcy.”

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

ZAOFEROWANIE CEN JEDNOSTKOWYCH W WYSOKOŚCI 0,00 ZŁOTYCH, W KILKU POZYCJACH KOSZTORYSU OFERTOWEGO

**POPRAWIENIE INNYCH OMYŁEK MOŻE NASTĄPIĆ W WYNIKU PROWADZENIA Z
WYKONAWCĄ WYJAŚNIEŃ W TRYBIE ART. 223 USTAWY PZP, A TYM SAMYM
WEZWANIE TO MOŻE SŁUŻYĆ ZARÓWNO USTALENIU, CZY I GDZIE ZOSTAŁY ONE
POPEŁNIONE, A TAKŻE CZY I W JAKI SPOSÓB MOGĄ ZOSTAĆ POPRAWIONE.**

Kolejna grupa zarzutów dotyczyła pozycji kosztorysowych, w których wykonawca Przedsiębiorstwo (...) dla określonych pozycji „cena” i „wartość” określił na „0,00” złotych.

W postępowaniu przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy, a podane w kosztorysach ceny jednostkowe miały podstawowe znaczenie, gdyż stanowiły treść zobowiązania wykonawcy. Nie można jednak z tego wywodzić zakazu możliwości zakwalifikowania pominięcia w poszczególnych pozycjach kosztorysu ceny jednostkowej oraz wartości, jako omyłki, ani też braku możliwości zaoferowania ceny jednostkowej w poszczególnych pozycjach w wysokości 0,00 złotych. Taka praktyka ma miejsce w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których przedmiotem są roboty budowlane.

Pominięcia te - jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. w wyroku z dnia 5 października 2009 r., KIO/UZP 1324/09) - następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu komputerowego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia

wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Każda ze wskazanych sytuacji może mieć charakter omyłki, podlegającej ocenie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym w 12 pozycjach kosztorysu ofertowego w kolumnie „cena” i „wartość” wpisano „0,00”. A ponieważ „poprawienie innych omyłek może nastąpić w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 223 ustawy Pzp, a tym samym wezwanie to może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione” (tak np. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021) zastosowanie procedury wyjaśnień w odniesieniu do pozycji, dla których w kosztorysie ofertowym podano „0,00” złotych, było jak najbardziej prawidłowe.

W tym stanie faktycznym Zamawiający zwrócił się do wykonawcy z zapytaniem dotyczącym wyceny wskazanych pozycji kosztorysowych. Pozycje te - jak wyjaśnił wykonawca Przedsiębiorstwo (...) - a właściwie dotyczące ich różnice wynikały stąd, iż „na skutek umieszczenia pewnych pozycji zawartych w przedmiarze pod innymi pozycjami, w pewnych

miejscach kosztorysu pojawiła się cena 0,00 złotych. Nie oznacza to jednak, że za te elementy oferty Wykonawca nie nalicza wynagrodzenia, lecz oznacza to, że wynagrodzenie zostało już ujęte w innej pozycji kosztorysu. Wykonawca spornych pozycji kosztorysu (wycenionych na „0,00” złotych) nie pominął. Skoro więc pozycje te zostały ujęte w ofercie wykonawcy (złożonym przez niego kosztorysie), to wykonawca zaoferował realizację całego przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem dokonany przez Zamawiającego i wyceną spornych pozycji w innych wskazanych pozycjach kosztorysu. Wykonawca podał bowiem na jakie kwoty i w jakich pozycjach zostały one wycenione. Z ich analizy wynika, że ceny i wartości te mają bardzo niski udział w cenie oferty, która przed poprawieniem wskazanych pozycji kosztorysowych wynosiła 17 372 470, 27 złotych brutto a po ich poprawieniu 17 374 445,53 złotych brutto (różnica wynosi zatem 1 975,06 złotych brutto). Poprawki te nie spowodowały więc istotnej zmiany ceny oferty, a dane do ich wprowadzenia wynikały z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę.

Pominięcie wartości jednostkowych wskazanych pozycji i następnie ich poprawienie w sposób zgodny z art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp pozbawione jest wpływu na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych nie odpowiada merytorycznym wymaganiom zawartym w SWZ. W wyniku poprawy tego rodzaju różnic i błędów każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Istotne jest jednak, aby taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy.

W tym stanie faktycznym wprowadzone poprawki nie ingerują w zakres zobowiązania wykonawcy i oddają sens treści złożonej oferty, nie zmieniając przy tym złożonego oświadczenia wykonawcy. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych bowiem oświadczył, że

„niezmieniony opis poszczególnych pozycji KNR jest tożsamy z zakresem robót oczekiwanym przez Zamawiającego. Świadczy o tym między innymi fakt, iż „Rozwiniecie” pozycji uproszczonej do szczegółowej wskazuje na zastosowanie właściwych nakładów robocizny i materiałów”. Dlatego też błędy powstałe w kosztorysach złożonych przez tego wykonawcę nie powodują istotnych zmian w treści oferty.”. Tym samym stwierdzić należy, że intencją wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia publicznego było złożenie oferty niewadliwej, która podlega ocenie i może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W wyroku z dnia 9 sierpnia 2022 r., KIO 1905/22, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że intencją wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia publicznego było złożenie oferty niewadliwej, która podlega ocenie i może być wybrana jako najkorzystniejsza. Nie sposób więc uznać, że wykonawca ten celowo pominął pewien zakres świadczenia, nie obejmując go treścią oferty. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl



BRAK CEN W KILKU POZYCJACH KOSZTORYSU OFERTOWEGO

O NIEZGODNOŚCI TREŚĆ OFERTY Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA MOŻNA MÓWIĆ
W PRZYPADKU POMINIĘCIU PEWNEGO ZAKRESU ŚWIADCZENIA, ZAOFEROWANIU
ODMIENNEGO ZAKRESU LUB BRAKU JEGO DOOKREŚLENIA W SPOSÓB
UMOŻLIWIAJĄCY OCENĘ, CZY WYKONAWCA ZŁOŻYŁ OFERTĘ ZGODNĄ
Z OCZEKIWANIAMIZAMAWIAJĄCEGO.

Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp, tj. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W toku badania oferty Wykonawcy stwierdzono brak cen w następujących pozycjach kosztorysu na wykonanie robót budowlanych: 1022, 1039, 1375, 1376, 1461. W ofercie nie wskazano wartości jednostkowej cen dla wymienionych pozycji.

Zamawiający nawiązał do dokonanych poprawek w ofercie na zasadzie analogii, tam gdzie było to możliwe dla danej pozycji. Ponadto Zamawiający podał, że w zakresie pozycji nr 1022, 1039, 1375 kosztorys Wykonawcy nie zawierał analogicznych pozycji, tym samym Zamawiający nie mógł dokonać ich uzupełnienia. Brak wyceny pozycji nie pozwalał również Zamawiającemu na przyjęcie zaoferowanej przez Wykonawcę ceny całościowej za zrealizowanie zadania jako prawidłowej. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy jako niezgodną z treścią SWZ oraz posiadającą błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania poprawienia w jego ofercie innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia pewnych niezgodności, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco - a Zamawiający w postępowaniu w ogóle pominął możliwość przeprowadzenia procedury poprawienia omyłki. W orzecznictwie podkreśla się, że „omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, a ogólne sformułowanie tego przepisu wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do jej *essentialia negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian” (wyrok z dnia 31 grudnia 2020 r., KIO 3221/20).

Zdaniem Odwołującego w prowadzonym postępowaniu poprawa omyłki powinna polegać na „wstawieniu” 0,00 zł w tych pozycjach, co do których Zamawiający twierdzi, że nie zostały wycenione. Taką też konstrukcję przyjmuje się zgodnie z orzecznictwem (np. wyrok z dnia 7 listopada 2014 r., KIO 2184/14; KIO 2185/14).

Odwołujący dodał także, że Zamawiający część pozycji poprawił samodzielnie, ale jednak część pominął uznając, że oferta winna podlegać odrzuceniu. Z tak przyjętym działaniem Zamawiającego nie sposób się jednak zgodzić. Odwołujący zaznaczył, że ewentualna wartość kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji wyniosłaby około 6 500 zł brutto.

Oznacza to, że ewentualna istotność omyłki musiałaby zostać oszacowana na poziomie 0,038% ceny oferty. Nie jest nawet więc możliwe mówienie o „istotności” tej kwestii. Kwalifikator „istotnych zmian”, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2021 r., KIO 288/21).

W ocenie Odwołującego Zamawiający miał prawo, ale i jednocześnie obowiązek, dokonać poprawiania omyłek w kosztorysach Odwołującego w ten sposób, że w pozycjach, gdzie zauważył brak wyceny, przyjął wartość 0,00 zł. Nie dokonując tej czynności, Zamawiający naruszył przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający zawiadomił natomiast Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp, uznając, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W toku badania oferty Wykonawcy stwierdzono brak cen w następujących pozycjach kosztorysu na wykonanie robót budowlanych: 1022, 1039,

1375, 1376, 1461. W ofercie nie wskazano wartości jednostkowej cen dla wymienionych pozycji.

W wyroku z dnia 9 września 2021 r., KIO 2520/21, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego spór pomiędzy Stronami ma swoje źródło w zakresie ustalenia, czy pominięcie przez Odwołującego w złożonym wraz z ofertą kosztorysie ofertowym wyceny jednostek przedmiarowych powoduje, iż mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SWZ pod względem merytorycznym. Wymaga to odpowiedzi na pytanie, czy pominięcie wskazanych elementów kosztorysu ofertowego powoduje, iż zakres zaoferowanego przez Odwołującego świadczenia nie odpowiada zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego w treści SWZ, co skutkowałoby obowiązkiem odrzucenia oferty. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej należało więc ustalić, czy treść kosztorysu ofertowego jest nośnikiem treści oferty identyfikującym przedmiot świadczenia, który oferuje dany wykonawca.

Zasadniczy wpływ w ocenie składu orzekającego do przyjęcia, iż mamy do czynienia z elementem treści oferty, decyduje rola jaką ten dokument pełni w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rola ta jest precyzowana przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu i samej treści SWZ. Następnie ustalenia wymaga z jakiego rodzaju niezgodnością mamy do czynienia w przypadku sporządzenia danego dokumentu w sposób odmienny od oczekiwanego przez zamawiającego lub z oceną w jakim zakresie treść złożonego oświadczenia pozostaje w kolizji z treścią SWZ. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał ujęcia wszystkich pozycji z przedmiarów robót do wyceny (kalkulacji oferty). Przy czym sformułowania „ujęcie” nie należy zdaniem składu utożsamiać z przeniesieniem opisu pozycji do kosztorysu ofertowego (podejście formalne prezentowane przez Odwołującego) ale z „faktycznym ujęciem”

elementów opisu przedmiotu zamówienia, czyli wycenieniem pozycji opisanych przez Zamawiającego, innymi słowy zaoferowaniem wykonania tego fragmentu przedmiotu zamówienia. Samo przeniesienie opisu pozycji przedmiarowych do kosztorysu nie oznacza jeszcze, że wykonawca dany element oferuje. Zaoferowanie wykonania danego elementu następuje w momencie, kiedy wykonawca złoży oświadczenie jakiego wynagrodzenia za tę część oczekuje, to bowiem zaoferowanie odpłatnego świadczenia jest istotą zamówień publicznych.

O niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ można mówić w przypadku pominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym stanie faktycznym wystąpiło pominięcie wyceny pewnego zakresu świadczenia. W ofercie Odwołującego brak było bowiem dookreślenia treści oferty pod względem cenowym dla cen jednostkowych w pozycjach kosztorysu wskazanych przez Zamawiającego w Informacji o odrzuceniu oferty. Tego rodzaju

informacje, zgodnie z SWZ powinny wynikać z samej oferty, a w SWZ Zamawiający wymagał ujęcia, czyli wyceny wszystkich pozycji przedmiarowych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ulegało wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać każdorazowo zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia - sposób realizacji przedmiotu umowy. Niewątpliwie zakres ten powinien być zgodny z opisaniem w treści SWZ. Nie ulegało wątpliwości zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, iż w przypadku postępowań dotyczących robót budowlanych za merytoryczną treść oferty należy uznać wszelkie oświadczenia dotyczące jakości, ilości, ceny jednostkowej, ceny ogólnej, wielkości poszczególnych narzutów, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji prac i harmonogramu tychże prac), czyli wszelkich elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia, o ile zostały ujęte i doprecyzowane



w treści SWZ.

W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, a z takim mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, czego Odwołujący nie kwestionował, każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

Jeżeli podstawą wyliczenia wynagrodzenia jest zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów (przedmiar robót - kosztorys ofertowy) niezależnie od sposobu rozliczenia na etapie realizacji mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, tj. wyliczonym w oparciu o kosztorys ofertowy.

Jak wynikało jednoznacznie z treści SWZ, Wykonawca składając ofertę w postępowaniu powinien do oferty załączyć kosztorys ofertowy (w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej), sporządzony w oparciu o przedmiary robót i dokumentację projektową, wykonany metodą uproszczoną, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarami robót, jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku VAT, zawierający co najmniej: opis pozycji, ilość robót wraz z jednostką, cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, wartość pozycji oraz cenę ogółem, obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z wyszczególnieniem składników ceny. Ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych (netto) mają zawierać robociznę, materiał z kosztami zakupu, sprzęt,

koszty pośrednie i zysk. Obowiązującą stawkę podatku VAT należy doliczyć do wartości kosztorysowej (sumy) robót, chyba że wykonawca nie jest płatnikiem VAT.

Kosztorysy ofertowe sporządzone w oparciu o przedmiar robót zawierają informacje odnoszące się do ilościowego zakresu robót, tj. dookreślają przedmiot zamówienia pod względem wielkościowym. Obrazują one również sposób wyceny przez wykonawcę danego zakresu przedmiotowego. Biorąc pod uwagę formę i treść przekazanego wraz z SWZ przedmiaru robót, za zasadnicze jego elementy należało uznać opisy pozycji kosztorysowych, ilość jednostek miar dla poszczególnych pozycji oraz jednostki miar z nimi związane i cenę netto za wykonanie określonego rodzaju robót, a zatem te zasadnicze elementy winien zawierać dołączony do oferty kosztorys ofertowy. Tym samym za kosztorys szczegółowy w ramach niniejszego postępowania należy uznać kosztorys odpowiadający co do zawartych w nim informacji przedmiarowi robót.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu sporządzone kosztorysy ofertowe w powyższym minimalnym zakresie powinny odpowiadać treści przedmiaru robót. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek sprawdzenia poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, zaś wszelkie zaistniałe w ich treści rozbieżności w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych, ilości, zastosowanych materiałów w stosunku do przedmiarów robót, jak również pominięcie jakichkolwiek danych w nich zawartych stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SWZ.

Jeżeli takie niezgodności z SWZ stwierdzono, co nie ulega wątpliwości i czego nie neguje Odwołujący, następnym krokiem Zamawiającego powinno być rozważenie, czy stwierdzone niezgodności kwalifikują się do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający doszedł do przekonania, a przekonanie to Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła, że

regulacja ustawowa mogła być zastosowana do pozycji, w których Zamawiający był w stanie na podstawie całokształtu treści oferty Odwołującego wywnioskować, w jaki sposób pozycje poprawić. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu kosztorysów, a poprawki te Wykonawca zaakceptował. Zamawiający poprawił w ofercie Odwołującego takie braki, których wartość lub znaczenie można było określić poprzez analogię na podstawie innych pozycji kosztorysu.

W przypadku pozycji niewycenionych słusznie Zamawiający stwierdził, że taka poprawa nie jest możliwa. Zdaniem składu orzekającego Odwołujący bezpodstawnie wywodził, że w przypadku pozycji niewycenionych Zamawiający winien był wstawić w odpowiednich kolumnach kosztorysu ofertowego kwotę „0 zł”. Krajowa Izba Odwoławcza w pełni poparła stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że pewnych korekt nie można było przeprowadzić samodzielnie, ponieważ brak w kosztorysie Wykonawcy analogicznych pozycji, które by to umożliwiał. Wezwanie do określenia cen jednostkowych oznaczałoby natomiast podjęcie z Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, co stanowił naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Powołany przepis służy bowiem jedynie do wyjaśniania wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia woli, nie zaś do uzupełniania oferty o te elementy, które powinna zawierać, lecz które nie zostały w niej przez wykonawcę zamieszczone. Celnie Zamawiający podkreślał, że by rozważyć dokonanie określonych poprawek w treści oferty, treść ta musi istnieć. Trudno zaś za istniejącą treść oferty uznać rubryki kosztorysu niewypełnione w zakresie cen jednostkowych i wartości ogółem przez Wykonawcę. Brak podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, należy uznać za brak wyceny, a nie za oferowanie przedmiotu zamówienia za 0 zł. Liczba zero jest wartością wymierną i wpisanie jej do kosztorysu stanowi wycenę, natomiast w przypadku oferty Odwołującego część rubryk nie została po prostu wypełniona, czyli wyceniona.

Co do argumentacji Odwołującego, że w takim przypadku program kosztorysowy do podsumowania przyjmuje wartość zerową, to być może tak jest, ponieważ w zasadzie innej wartości wobec niewypełnienia rubryk nie może przyjąć, ale nie zmienia to faktu, że oferta nie zawiera ceny jednostkowej za dany element przedmiotu zamówienia, a nie że zawiera cenę 0 zł, taka bowiem treść oferty nie istnieje. Wpisanie do kosztorysu ofertowego Odwołującego przez Zamawiającego liczby 0 zł w miejsce niewypełnionych rubryk w istocie stanowiłoby dokonanie samodzielnej wyceny elementu przez Zamawiającego.

Na końcu Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że niezależnie od wielkości brakującej ceny jednostkowej dla kilku pozycji kosztorysu i wpływu wielkości tej na wartość oferty, jej brak stanowi istotny brak oświadczenia woli, który nie mieści się w dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego świadczenia. W tym kontekście nie można również nie zauważyć, iż zasadniczo celem złożenia oferty jest uzyskanie wymiernej wartości pieniężnej za należycie wykonane prace, a nie oferowanie zamawiającemu wykonania części przedmiotu zamówienia bez wynagrodzenia. Nie było natomiast argumentacją odwołania objęta okoliczność, że prace w pozycjach niewycenionych, wycenione zostały zbiorczo w ramach innych pozycji kosztorysu, czy też innych prac dla danego elementu przedmiotu zamówienia.

Konkludując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnej korekty treści oferty Odwołującego w przedmiocie brakujących cen jednostkowych kosztorysu, a stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią SWZ prowadzić musiała do odrzucenia oferty Odwołującego.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

CO STANOWI TREŚĆ OFERTY I CZY PRZEPISY OKREŚLAJĄ, W JAKI SPOSÓB PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE MAJĄ BYĆ SPORZĄDZONE

**NIE ISTNIEJE ZAMKNIĘTY KATALOG PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH.
PRZEDMIOTOWYM ŚRODKIEM DOWODOWYM MOŻE BYĆ ZAŚWIADCZENIE CZY
POŚWIADCZENIE WYSTAWIONE PRZEZ ODRĘBNY PODMIOT,
ALE TAKŻE OŚWIADCZENIE WYKONAWCY LUB PRODUCENTA.**

Zgodnie natomiast z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Stosownie do treści ust. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wyjaśnić należy, że zgodnie z 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.

Przedmiotowe środki dowodowe definiuje się poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść. Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądzają o jego charakterze. Przepisy nie określają, w jaki sposób przedmiotowe środki dowodowe mają być sporządzone (z zastrzeżeniem wymogów

przewidzianych przez przepisy rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej) i jaki ma być termin ich „ważności”. Nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta. Wspólną cechą wszystkich przedmiotowych środków dowodowych jest, aby potwierdzały, że dane dostawy usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniały wymogi zamawiającego.

Na treść oferty składają się jedynie informacje wynikające formularza cenowego, które Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie zgodności oferty z SWZ wyjaśnić należy, że ustawa Pzp wyraźnie odróżnia ofertę od przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych, które choć zdarza się że są składane wraz z ofertą, pełnią odmienną rolę i są składane w celu wynikającym wprost z ustawy Pzp. Takie rozumienie oferty wynika bezpośrednio z treści ustawy Pzp i np. jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 Pzp), wykonawca,

który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 Pzp), albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 125 ust. 1 Pzp).

Oferta nie zawsze będzie miała postać jednego dokumentu. Integralną częścią oferty będą np. specyfikacje techniczne oferowanych przez wykonawcę produktów czy kosztorysy ofertowe.

Przepisy ustawy Pzp nie definiują również pojęcia „treść oferty”.

Mając na uwadze ustawową definicję oferty zawartą w art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy można uznać, że treść oferty, o której mowa w omawianym przepisie to merytoryczna zawartość oferty. Treść oferty musi odpowiadać wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia, w szczególności wymaganiom i oczekiwaniom zamawiającego określonym w opisie przedmiotu zamówienia czy w warunkach

realizacji zamówienia. Przy czym należy pamiętać, że wymagania te nie muszą być określane jedynie w dokumentach sporządzonych przez zamawiającego, jak SWZ, ale również mogą wynikać z innych dokumentów, do których odwołuje się zamawiający, służących do określenia lub opisanie warunków zamówienia (por. art. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

Należy również zwrócić uwagę na regulację zawartą w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten wprost wyraża więc ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty.

Uchwała z dnia 9 listopada 2022 r., KIO/KD 30/22

Źródło: www.uzp.gov.pl



CZY ZAMAWIAJĄCY MUSI DOPUŚCIĆ MOŻLIWOŚĆ ZŁOŻENIA OFERTY PRZEZ KAŻDEGO ZAINTERESOWANEGO WYKONAWCĘ

KAŻDY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA NIESIE ZA SOBĄ OGRANICZENIE KONKURENCJI, POŚREDNIO LUB BEZPOŚREDNIO PREFERUJĄC JEDNYCH WYKONAWCÓW OBECNYCH NA RYNKU I DYSKRYMINUJĄC INNYCH. KONIECZNOŚĆ ZACHOWANIA ZASADY UCZCIWEJ KONKURENCJI NIE OZNACZA, ŻE ZAMAWIAJĄCY NIE MA PRAWA OPISAĆ PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W SPOSÓB UWZGLĘDNIAJĄCY JEGO OSOBISTE POTRZEBY, NA CO WSKAZYWAŁ ZAMAWIAJĄCY W TYM PRZYPADKU.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego.

Nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości zamawiającego (zob. wyrok z dnia 9 września 2019 r., KIO 1636/19).

Opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji co wynika z przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jednak nie jest tak, że zamawiający w każdym przypadku ma otrzymać dokładnie to co wskazuje wykonawca, gdyż zamawiający jako dysponent postępowania

decyduje wobec prowadzonego postępowania co ma być przedmiotem zamówienia - z zastrzeżeniem oczywiście, że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji (zob. wyrok z dnia 26 sierpnia 2019 r., KIO 1537/19).

Aby wykazać, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a więc narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności zamówień, odwołujący winien co najmniej uprawdopodobnić, że w postępowaniu nie można złożyć oferty, spełniającej wymogi zamawiającego. Niemożność ta powinna mieć charakter obiektywny - w tym sensie, że nie tylko odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia (zob. wyrok z dnia 16 maja 2019 r., KIO 797/19).

Każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby, na co wskazywał zamawiający w tym przypadku. Nikt też nie odbiera zamawiającemu prawa, jako gospodarzowi postępowania do wskazania swoich potrzeb poprzez takie ustalenie parametrów sprzętu aby sprzęt ten służył jego specyficznym potrzebom. Zgodzić się o też należy, że zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Izba wskazuje, iż zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji, ich poszanowanie nie oznacza, że

zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot o niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb, ma oczywiście prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również tak określić przedmiot zamówienia, aby odpowiadał celom dla których ma służyć, wykazując się jednak również szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych (zob. wyrok z dnia 18 kwietnia 2019 r., KIO 585/19)

Niewątpliwie opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, niemniej to zamawiający jako gospodarz postępowania decyduje co ma być przedmiotem zamówienia, z zastrzeżeniem, że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Nie można zasady uczciwej konkurencji pojmować tak, że zamawiający winien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (zob. wyrok z dnia 25 marca 2019 r., KIO 405/19).

Fakt posiadania czy też dostępności przez danego wykonawcę danego produktu nie stanowi o tym, że dany zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, że wykonawca go posiada i chce mu go sprzedać. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów, jednocześnie dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków zarówno pod względem finansowym jak i użytkowym

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o

udzielnie zamówienia publicznego, zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów - to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez zamawiającego (z uzasadnienia wyroku z dnia 18 marca 2019 r., KIO 358/19).

Zamawiający uprawniony jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który poprzez zawężenie ilości rodzajów spełniających jego potrzeby produktów automatycznie uniemożliwia

złożenie oferty pewnemu kręgowi zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem wykonawców. Dopóki jednak zamawiający nie działa w celu ograniczenia dostępu wykonawców do przedmiotu zamówienia, tylko w celu zaspokojenia swoich uzasadnionych potrzeb, jest to działanie dopuszczalne i zgodne z prawem (zob. wyrok z dnia 4 grudnia 2017 r., KIO 2428/17).

Nie jest tak, że zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wszyscy producenci i dostawcy na rynku mogli złożyć ofertę. W pierwszej kolejności zamawiający powinien wskazać swoje potrzeby i wymagania, nawet jeśli przy takim opisie zamówienia nie wszyscy wykonawcy na rynku mogą złożyć ofertę. Jeśli potrzeby zamawiającego uzasadnione są szczególną sytuacją lub szczególnymi względami, wówczas nie można uznać, aby zamawiający działał w sposób ograniczający konkurencyjność i naruszył art. 29 ust. 2 i 7 ust. 1 ustawy Pzp (zob. wyrok z dnia 18 października 2018 r., KIO 2031/18).

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl



ŁĄCZNĄ MAKSYMALNĄ WYSOKOŚĆ KAR UMOWNYCH W WYSOKOŚCI 100% WARTOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

**MAKSYMALNA WYSOKOŚĆ KAR NIE MOŻE BYĆ OKREŚLANA NA POZIOMIE,
KTÓRY MOŻE BYĆ TRAKTOWANY JAKO RAŻĄCO WYGÓROWANY W ODNIESIENIU
DO WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA CZY EWENTUALNYCH ZAGROŻEŃ ZWIĄZANYCH
Z NIEWYKONANIEM LUB NIENALEŻYTYM WYKONANIEM UMOWY,
W TYM MOŻLIWOŚCI POWSTANIA LUB ROZMIARÓW SZKODY.**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ k.c., art. 484 § 2 k.c. i art. 483 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego łącznej wysokości kar umownych.

Odwołujący podniósł, że ustalenie przez Zamawiającego w projekcie umowy limitu kar umownych na poziomie wartości całego wynagrodzenia umownego stanowi rażące naruszenie przepisu art. 436 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, ustalając górny limit kar umownych winien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel, jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający ustalając maksymalny limit kar

umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaki łączyć ma strony oraz zignorował zasady współzycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353¹ k.c. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Odwołujący podkreślił, że kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 k.c. jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

Nie jest więc dopuszczalne zastrzeżenie kary w sytuacji, gdy zamawiający nie ponosi szkody ze względu na działania lub zaniechania wykonawcy. W takim wypadku wykonawca nie powinien być obciążany karą, gdyż stoi to w sprzeczności z przepisami k.c. o odszkodowaniu za nienależyte wykonanie zobowiązania. Odwołujący wskazał, że przy limicie kar umownych na poziomie wartości wynagrodzenia za całość umowy wykonawcy nie są de facto w stanie sporządzić rzetelnej oferty, gdyż nie mogą należycie ocenić ryzyka odpowiadającego regułom rynkowym. Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia § 11 ust. 5 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej lub równoważnej treści: „Łączna maksymalna

wysokość kar umownych nie może przekroczyć kwoty stanowiącej 20% wartości netto umowy, o której mowa w § 3 ust. 1.” Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w przepisach ustawy Pzp nie określono górnego limitu kar umownych, których może dochodzić zamawiający. Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp umowa musi zawierać postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody” (w szczególności uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 mająca moc zasady prawnej).

Jak wskazuje się w literaturze „Kary umowne nie mogą bowiem służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, lecz powinny spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą i dyscyplinującą. Dlatego też określenie poziomu limitu możliwych do dochodzenia kar nie jest swobodnym uprawnieniem zamawiającego. W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyrok z dnia 28 grudnia 2018 r., KIO 2574/18)” [komentarz pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej oraz A. Matusiak. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022, komentarz do art. 436 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na

poziomie 100% wynagrodzenia netto wykonawcy należy uznać za nadużycie przez zamawiającego prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz działanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.).

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że ustalenie przez niego łącznej maksymalnej wysokości kar umownych nie zmienia rozkładu sił pomiędzy stronami, a jedynie wprowadza po stronie zamawiającego górne ograniczenie dochodzenia odszkodowania w formie łatwiejszej, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że ułatwienie Zamawiającemu dochodzenia odszkodowania nie powinno skutkować tym, że wykonawca będzie obowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w wysokości zbliżonej do wynagrodzenia za realizację umowy w sytuacji, gdy szkoda Zamawiającego będzie znacznie mniejsza. Oczywiście Zamawiający powinien być uprawniony do uzyskania pełnego pokrycia szkody wyrządzonej mu przez wykonawcę w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jednakże temu służy instytucja uregulowana w art. 484 § 1 zdanie drugie k.c. (tzw. kara zaliczalna). Na podstawie tego przepisu możliwe jest dokonanie w umowie zastrzeżenia, zgodnie z którym wierzyciel uprawniony jest do dochodzenia, obok kary umownej, odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i zamawiający z tego uprawnienia skorzystał w projekcie umowy.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień projektu umowy poprzez obniżenie łącznej maksymalnej wartości kar umownych. Należy wskazać, że w praktyce udzielania zamówień publicznych wartość ta wynosi na ogół od 10% wynagrodzenia netto - 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod

uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji (tak np. w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, wyd. II Warszawa 2023, komentarz do art. 436 ustawy Pzp). W związku z tym, że Odwołujący nie podał w odwołaniu żadnych okoliczności faktycznych stanowiących podstawę do określenia właściwego limitu kar umownych, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu obniżenie tego limitu do poziomu nieprzekraczającego 30% wartości

wynagrodzenia brutto wykonawcy. Należy dodać, że Zamawiający uprawniony jest do określenia tego limitu poprzez odniesienie go do wartości wynagrodzenia netto, pod warunkiem nieprzekroczenia progu wskazanego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Wyrok z dnia 22 sierpnia 2023 r., KIO 2327/23

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl



ZŁOŻENIE FAŁSZYWEGO WYKAZU ROBÓT BUDOWLANYCH ORAZ FAŁSZYWYCH REFERENCJE

**ZAMIERZONE DZIAŁANIE BĘDZIE MIAŁO MIEJSCE, GDY WYKONAWCA WIE,
ŻE PODLEGA WYKLUCZENIU Z POSTĘPOWANIA LUB NIE SPEŁNIA WARUNKU UDZIAŁU
W POSTĘPOWANIU A POMIMO TEGO SKŁADA WPROWADZAJĄCE W BŁĄD
OŚWIADCZENIE, ŻE NIE PODLEGA WYKLUCZENIU Z POSTĘPOWANIA
I SPEŁNIA WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.**

Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (zob. art. 109 ust. 2 ustawy Pzp).

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zawiera w swojej treści kilka przesłanek, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

Po pierwsze, należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd.

Po drugie, wprowadzenie zamawiającego w błąd musi być wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z podstawami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriami selekcji, lub zatajenia określonych informacji.

Po trzecie, należy wykazać, że działanie wykonawcy musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce, gdy wykonawca wie, że podlega wykluczeniu z postępowania lub nie spełnia warunku udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunek udziału w postępowaniu. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy. Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się

na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Rażące niedbalstwo nie jest winą umyślną, lecz kwalifikowaną postacią winy nieumyślnej zakładającą, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem.

Wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Po czwarte, należy wykazać, że wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Wprowadzenie zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie może być rozumiane w ten sposób, że zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, zamawiający nie miałby możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Zatem do przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd, wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła

go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony (por. wyrok z dnia 13 kwietnia 2017 r., KIO 618/17).

Na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jedną z przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest fakt zatajenia informacji, które służą stwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wskazana przesłanka zaktualizuje się w szczególności w okolicznościach, w których wykonawca nie poda informacji istotnych z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub ich podanie skutkowałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania, dlatego też wykonawca zdecydował się na ich zatajenie (zob. wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r., KIO 644/17).

Przykładowo, jeżeli wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu (np. składa fałszywy wykaz robót budowlanych wykonanych i fałszywe referencje), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zamawiający nie przewidział w dokumentach zamówienia wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający będzie obowiązany wezwać wykonawcę do poprawienia podmiotowego środka dowodowego.

W wyroku z dnia 28 grudnia 2022 r., XXIII Zs 119/22, Sąd Okręgowy w Warszawie (wskutek skargi wniesionej na wyrok z dnia 19 lipca 2022 r., KIO 1709/22) uznał, że wykonawca nie mógł podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, gdyż takie podstawy wykluczenia, nie obowiązywały w postępowaniu. Sąd uznał, że w takim przypadku zamawiający prawidłowo zastosował regulację wynikającą z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA, GDY ŚRODKI PUBLICZNE NA SFINANSOWANIE ZAMÓWIENIA NIE ZOSTAŁY PRZYZNANE ZAMAWIAJĄCEMU

ZAMAWIAJĄCY MOŻE UNIEWAŻNIĆ POSTĘPOWANIE NA PODSTAWIE ART. 257 I 310 USTAWY PZP, NA KAŻDYM ETAPIE POSTĘPOWANIA, ZARÓWNO PRZED UPŁYWEM TERMINU SKŁADANIA OFERT, JAK I PO UPŁYWIE TEGO TERMINU, A TAKŻE PO WYNEGOCJOWANIU WARUNKÓW UMOWY W TRYBIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI.

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

W postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w: (1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym albo

partnerstwa innowacyjnego albo (2) zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki (art. 310 ustawy Pzp).

Przepisy art. 257 i 310 ustawy Pzp w odróżnieniu od uregulowań zawartych w art. 255 ustawy Pzp, zawierają fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania, co oznacza, że jeżeli zająd przewidziane tam okoliczności, zamawiający może, a nie musi, podjąć taką czynność. Uzasadnieniem dla jej wprowadzenia było stworzenie możliwości wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jeszcze przed uzyskaniem decyzji o przyznaniu dofinansowania, bez narażania się na negatywne skutki takiego działania, przede wszystkim finansowe. Celem przepisów art. 257 i 310 ustawy Pzp jest ułatwienie realizacji zamówień finansowanych w części lub całości ze środków zewnętrznych.

W przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 257 i art. 310 ustawy Pzp zamawiający musi wykazać, że środki, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, a które nie zostały mu przyznane, to środki publiczne w rozumieniu

przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (a więc nie tylko środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA)).

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

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

Zamawiający musi posiadać dowód, że środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane. Podstawą unieważnienia postępowania na podstawie przepisów art. 257 i 310 ustawy Pzp nie może być uprawdopodobnienie lub tylko przypuszczenie zamawiającego, że środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostaną mu przyznane. Użyte w przepisach art. 257 i 310 ustawy Pzp wyrażenie „jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane” nie oznacza, że nieprzyznanie środków, o którym mowa w tych przepisach,

ogranicza się jedynie do sytuacji ich nieuzyskania, pomimo podjęcia takich starań przez zamawiającego. Za nieprzyznanie środków, o którym mowa w art. 257 i 310 ustawy Pzp należy uznać również sytuację, gdy cofnięcie uprzednio przyznanego dofinansowania nastąpi w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Nieprzyznanie środków, o którym mowa w art. 257 i 310 ustawy Pzp musi jednak nastąpić z przyczyn niezależnych od zamawiającego, tj. w sytuacji, gdy zamawiający czynił starania o przyznanie dofinansowania lub po przyznaniu dofinansowania, utrata dofinansowania nastąpiła z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego (od niego niezależnych). Unieważnienie postępowania na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp będzie zatem niemożliwe, gdy nieprzyznanie dofinansowania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w tym również, gdy cofnięcie finansowania nastąpiło z inicjatywy zamawiającego.

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

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

zatem unieważnić postępowanie na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp, jeżeli wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia przed uzyskaniem dofinansowania, następnie otrzymał dofinansowanie i w toku postępowania utracił dofinansowanie.

Przepisy art. 257 i 310 ustawy Pzp pozostawiają decyzję co unieważnienia postępowania zamawiającemu. Zamawiający może bowiem podjąć decyzję, iż pomimo nieprzyznania środków publicznych, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, będzie w stanie zrealizować (sfinansować zamówienie) z własnych środków lub środków pochodzących z innych źródeł.

W opinii „Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp” Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „Zamawiający jest zatem uprawniony do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku wypełnienia dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1a Pzp2004 - do jego unieważnienia, nie tylko w sytuacji, gdy na skutek pozytywnej weryfikacji jego wniosku o dofinansowanie pod względem formalnym i merytorycznym wygrał określony konkurs, jednak z jakiś przyczyn (np. zmiany kursu euro, przesunięć środków w ramach projektu, itp.) dofinansowania nie uzyskał, ale także w przypadku, gdy wszczął postępowanie o

Dudzielenie zamówienia publicznego dopiero planując ubieganie się o uzyskanie dofinansowania na realizację określonego projektu i przygotowywał stosowną dokumentację, działając z należytą starannością w przekonaniu, że ma szansę uzyskać określone środki, ale do zawarcia stosownej umowy nie doszło. A zatem, dyspozycja przepisu art. 93 ust. 1a Pzp2004 nie została zawężona tylko do przypadku, w którym zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego działał w uzasadnionym przekonaniu, że będzie dysponował kwotą na wykonanie przedmiotu zamówienia lub refinansowaniem wydatków poniesionych w związku z realizacją zamówienia, jednakże w wyniku decyzji podmiotu zewnętrznego, którego udziałem miało być finansowanie danego przedsięwzięcia, środki te nie zostały mu przyznane, ale obejmuje również sytuacje, w których zamawiający jedynie liczył na uzyskanie określonych środków, do czego ostatecznie nie doszło. Ze względu na wielość możliwych stanów faktycznych wynikających z praktycznego zastosowania powyższej regulacji, nie jest uzasadnione dokonywanie przeglądu i analizy poszczególnych przypadków, co stanowi uzasadnienie dla twierdzenia, że okoliczności stanowiące podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1a ustawy Pzp powinny być rozpatrywane ad casum.”



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

W wyroku z dnia 8 grudnia 2015 r., KIO 2610/15, Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się ze stanowiskiem, że nieprzyznanie środków, o którym mowa w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp2004 (aktualnie art. 257 i 310 ustawy Pzp) ogranicza się jedynie do sytuacji ich pierwotnego nieuzyskania, pomimo podjęcia takich starań. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej również cofnięcie uprzednio przyznanego finansowania ze środków pomocowych, które nastąpi w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, może być rozumiane za jego (ostateczne) nieprzyznanie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kluczowe znaczenie ma, czy owa utrata uprzednio przyznaných środków nastąpiła z przyczyn niezależnych od zamawiającego, pomimo jego starań, aby uzyskać, czyli w tym przypadku utrzymać, finansowanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „W doktrynie wskazuje się, że zarówno użyty w przepisie zwrot „zamawiający zamierzał przeznaczyć (...)” w odniesieniu do ubiegania się o środki nie może być interpretowany jako dokonanie konkretnych czynności. Zamiar ten może przejawiać się w dowolnych działaniach, które prowadziły do uzyskania wsparcia. Jednakże unieważnienie może mieć miejsce, gdy środki „nie zostały przyznane”, co nie może być

interpretowane jako brak tych środków z dowolnych przyczyn (np. niewystąpienia o ich przyznanie), lecz wyłącznie wtedy, gdy zamawiający podejmował starania o wsparcie i nie otrzymał go. Zdaniem Izby analogicznie należy przyjąć, że cofnięcie uprzednio przyznaných środków nie może wynikać z braku dołożenia przez zamawiającego starań, aby finansowanie utrzymać. Tym bardziej utrata finansowania na skutek działań zamawiającego nie może być poczytywana za jego nieprzyznanie w rozumieniu art. 93 ust. 1a p.z.p. Również we wspomnianej opinii Urzędu Zamówień Publicznych podkreśla się, że dyspozycja art. 93 ust. 1a ustawy p.z.p. znajdzie zastosowanie, jeżeli w wyniku decyzji podmiotu zewnętrznego, którego udziałem miało być finansowanie danego przedsięwzięcia, środki nie zostały przyznane zamawiającemu.”

O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 260 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający musi również udostępnić niezwłocznie informacje o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 257 i 310 ustawy Pzp z podaniem uzasadnienie faktycznego i prawnego, na stronie internetowej prowadzonego postępowania (art. 260 ust. 2 ustawy Pzp). Na podstawie art. 262 ustawy Pzp zamawiający również niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA, CZY JEST DOPUSZCZALNA WALORYZACJA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY NA POZIOMIE 1 PROCENTA

DLA PRAWIDŁOWEGO ZASTOSOWANIA TEGO PRZEPISU NIE JEST WYSTARCZAJĄCE FORMALNE ZAWARCIE W PROJEKTACH UMÓW POSTANOWIEŃ DOTYCZĄCYCH KWESTII W TYM PRZEPISIE WYMAGANYCH, ALE KONIECZNE JEST TAKIE OKREŚLENIE TYCH KWESTII, KTÓRE DA STRONOM UMOWY SZANSĘ NA ZMIANĘ WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA UWZGLĘDNIAJĄCĄ RZECZYWISTE ZMIANY CEN NA RYNKU.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 439 ustawy Pzp poprzez pozorne wprowadzenie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy - poprzez limitację zmiany wynagrodzenia do 1% oraz wprowadzenie zasad waloryzacji będących w istocie złamaniem zasady waloryzacji wskaźnikowej - tj. ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 miesięcy oraz przyjęciu średniej arytmetycznej wskaźników za poprzednie miesiące.

Odwołujący wskazał, że samo jego brzmienie postanowień umowy jest wystarczające do uznania, że Zamawiający jedynie pozornie zrealizował obowiązek wynikający z przepisu art. 439 ustawy Pzp. Zaskarżony zapis bowiem brzmi: „Wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 1% ceny oferty, o której o mowa w § 8 ust. 1 Umowy, co oznacza, że zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika.”

W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę fakt, że aktualnie wskaźniki wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej wynoszą miesięcznie ok. 1%, wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm "waloryzacji" jest oczywiście pozorny.

Rozpoznając postawiony w odwołaniu zarzut Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 marca 2022 r., KIO 440/22, zgodziła się z Odwołującym, że celem zastosowania art. 439 ustawy Pzp jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie tych kwestii, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Formułując zatem postanowienia projektu umowy w tym zakresie, zamawiający musi każdorazowo dokonać oceny

sytuacji rynkowej w danej branży, której dotyczy udzielane zamówienie i w zależności od wyniku tej oceny (w tym możliwych granic przewidywania), tak określić zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, aby zmiany te dokonywane w trakcie realizacji zamówienia realnie odzwierciedlały zmiany cen na rynku. Tym samym nie jest wystarczające i zgodne z ww. przepisem samo określenie w projekcie umowy np. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia lub maksymalnej dopuszczalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jeżeli zostały one określone w oderwaniu od sytuacji rynkowej w danej branży, w tym od kształtowania się cen na danym rynku. Takie nieadekwatne do rzeczywistości rynkowej określenie zasad waloryzacji nie daje bowiem stronom umowy szans na rzetelną zmianę wysokości wynagrodzenia odzwierciedlającą zmiany cen związanych z realizacją zamówienia, a w konsekwencji - czyni waloryzację pozorną, iluzoryczną, niespełniającą celów, dla których został ustanowiony ww. przepis.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości

wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników.

Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen - w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty - nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegana jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jak wskazano już wyżej, jedynie formalne zawarcie w projekcie umowy postanowień odnoszących się do kwestii wskazanych w art. 439 ustawy Pzp, nie stanowi prawidłowego zastosowania ww. przepisu, jeżeli treść tych postanowień w istocie nie pozwala na realną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przewidywana przez zamawiającego zmiana wynagrodzenia wykonawcy do wysokości 1% ceny jego oferty, nie odzwierciedla obecnej sytuacji na rynku. Jest faktem notoryjnym, że od pewnego czasu mamy do czynienia ze znacznym wzrostem cen, także w sektorze budownictwa. Obecnie inflacja

przekroczyła 8% i nie jest przewidywany jej spadek, a wręcz znane są prognozy przewidujące jej wzrost. Przy czym prognozy te były ogłaszane nawet przed rosyjską inwazją na Ukrainę, choć należy zgodzić się z odwołującym, że potencjalne trudności z zakupem stali w tych krajach mogą zmniejszyć podaż stali na rynku globalnym i w efekcie również podnieść jej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie zmian projektu umowy zgodnie z żądaniami odwołującego.

W oparciu o dane przedstawione przez odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że maksymalna wartość zmian wynagrodzenia na poziomie „do 10%” będzie adekwatna w stosunku do dotychczasowego

wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej. Sam zresztą odwołujący również powoływał się na działania innych podmiotów, które z własnej inicjatywy podnoszą poziom waloryzacji w umowach właśnie do 10%.

Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany § 13 ust. 11 projektu umowy poprzez wprowadzenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy do wysokości 10% ceny oferty (zamiast dotychczasowego 1%).

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl



Dopuszczalne formy przedłożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotowego środka dowodowego, jakim jest zaświadczenie wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Na gruncie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej zwanej: „ustawą Pzp” komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 61 ustawy Pzp), określonych w art. 7 pkt 23 ustawy Pzp. Obowiązek elektronicznej komunikacji dotyczy także przekazywania podmiotowych środków dowodowych.

Zasady przekazywania podmiotowych środków dowodowych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa Rozporządzenie 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. z 2020 r. poz. 2452), dalej zwanego: „rozporządzeniem w sprawie dokumentów elektronicznych”. Zgodnie z § 6 ust. 1 ww. rozporządzenia, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe,

przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy Pzp, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument. Natomiast, w myśl § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, wykonawca przekazuje zamawiającemu cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Zatem, w świetle ww. przepisów, wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może przedłożyć zamawiającemu dokument elektroniczny albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu wystawionego w postaci papierowej.

Analizując zagadnienie formy, w jakiej może zostać przedłożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotowy środek dowodowy jakim jest zaświadczenie wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, należy sięgnąć do przepisów ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1009 ze zm.) – zwanej dalej: "ustawą o systemie ubezpieczeń społecznych". Zgodnie z art. 50 ust. 4a tej ustawy, zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz decyzje o odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na wniosek wykonawcy, o którym mowa w art. 50 ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał. Jednocześnie zgodnie z art. 50 ust. 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych wydruki, o których mowa w ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jeżeli zawierają dane, o których mowa w ust. 4b ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, umożliwiające ich weryfikację w sposób określony w tym przepisie (tj. dane identyfikujące zaświadczenie lub decyzję, typ identyfikatora płatnika składek i jego numer, data wydania zaświadczenia lub decyzji). Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 71aa ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, w przypadku pism wydanych w

postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego ZUS, które zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym, podpisem osobistym albo kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną, doręczenie może polegać na doręczeniu wydruku pisma uzyskanego z tego systemu odzwierciedlającego treść tego pisma, jeżeli strona nie wносиła o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub nie wyraziła zgody na doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Wydruk taki zawiera: (1) informację, że pismo zostało wydane w postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Zakładu i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby, która je podpisała, albo kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną oraz (2) identyfikator pisma nadawany przez system teleinformatyczny Zakładu. Wydruk może zawierać mechanicznie odtwarzany podpis osoby, która podpisała pismo (art. 71aa ust. 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). Co ważne, zgodnie z art. 71aa ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wydruk pisma, o którym mowa w art. 71aa ust. 1, stanowi dowód tego, co zostało stwierdzone w piśmie wydanym w postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Zakładu, i jest dokumentem urzędowym w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego.

W świetle tych przepisów zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, wydawane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych może mieć postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym albo postać wydruku tego dokumentu, którego moc na podstawie art. 50 ust. 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, po spełnieniu warunków wskazanych w tym przepisie, zrównana została z mocą dokumentu elektronicznego. Mając na

uwadze powyższe przepisy, w szczególności regulacje wskazujące, że zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych może mieć postać wydruku o mocy zrównanej z mocą dokumentu elektronicznego, przy zastosowaniu wykładni celowościowej, istnieją podstawy do uznania, że wydruk zaświadczenia można traktować jako dokument wystawiony w postaci papierowej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych. W konsekwencji można uznać, że wykonawca jest uprawniony do złożenia cyfrowego odwzorowania tego wydruku.

Niemniej, biorąc pod uwagę, że komunikacja w postępowaniu odbywa się za pomocą środków komunikacji elektronicznej oraz mając na uwadze przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, należy pamiętać, że wykonawca ma możliwość wnioskować o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Podsumowując:

W świetle § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych wykonawca może przedłożyć zamawiającemu zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w zależności od sposobu, w jaki zostało ono wystawione: w oryginale jako dokument elektroniczny albo jako cyfrowe odwzorowanie zaświadczenia

wystawionego w postaci papierowej.

Wykonawca wnioskując o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość zagwarantowania doręczania ww. zaświadczenia za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

W przypadku otrzymania z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zaświadczenia jako wydruku o mocy zrównanej z mocą dokumentu elektronicznego, wykonawca może traktować takie zaświadczenie jako dokument wystawiony w postaci papierowej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych i przekazać zamawiającemu - cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Źródło: <https://www.gov.pl/>



Zamówienia na publiczną usługę rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publiczną usługę hybrydową

Zamówienia na publiczną usługę rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publiczną usługę hybrydową, o których mowa w przepisach ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 285) udzielane przez zamawiających publicznych.

W związku z wdrażaniem w Polsce usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego, która polega na możliwości wysłania lub odbioru korespondencji za potwierdzeniem odbioru drogą elektroniczną (tzw. e-doręczenia), poniżej przedstawiamy informację na temat udzielania zamówień na publiczną usługę rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publiczną usługę hybrydową, o których mowa w przepisach ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 285, dalej jako: „ustawa”).

- I. Publiczna usługa rejestrowanego doręczenia elektronicznego zdefiniowana jest w art. 2 pkt 8 ustawy jako usługa rejestrowanego doręczenia elektronicznego, o której mowa w art. 3 pkt 36 rozporządzenia 910/2014, świadczona przez operatora wyznaczonego. Jak stanowi art. 38 ust. 1 ustawy, do świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego jest obowiązany operator wyznaczony.

Z kolei publiczna usługa hybrydowa, zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy jest to usługa pocztowa, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. –

Prawo pocztowe, świadczona przez operatora wyznaczonego, jeżeli nadawcą przesyłki listowej jest podmiot publiczny.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy, do świadczenia publicznej usługi hybrydowej jest obowiązany operator wyznaczony. Jak wynika z przywołanych wyżej przepisów, operator wyznaczony jest z mocy ustawy jedynym podmiotem uprawnionym do świadczenia wskazanych wyżej usług, a zatem uznać należy, że przysługuje mu prawo wyłączne do ich realizacji.

Zgodnie z art. 149 ust. 1 ustawy, obowiązki operatora wyznaczonego wynikające z tej ustawy zostają powierzone Poczcie Polskiej S.A., jako operatorowi wyznaczonemu, do dnia 31 grudnia 2025 r. Należy także wskazać, że w świetle art. 52 ust. 1 ustawy, przekazywanie korespondencji przy użyciu usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej co do zasady jest odpłatne (art. 52 ustawy wprowadza także wyjątki od ww. zasady), a wysokość tych opłat określa cennik przygotowany przez operatora wyznaczonego (zob. art. 52 ust. 6-8 ustawy).

- II. Przenosząc powyższe na grunt ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 poz. 1605, dalej jako: „ustawa Pzp”) wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, pod pojęciem zamówienia publicznego rozumieć należy umowę odpłatną

zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.

Jeśli zatem zamawiający zleca realizację określonych świadczeń na podstawie umowy cywilnoprawnej, za realizację której przewidziane jest wynagrodzenie, uznać należy, że mamy do czynienia z zamówieniem publicznym.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość takiego zamówienia, udzielanego przez zamawiającego publicznego jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, do jego udzielenia zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp, chyba że w odniesieniu do konkretnego świadczenia zrealizują się okoliczności pozwalającego na jego wyłączenie spod procedur ustawy na podstawie art. 9-14 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 10 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień na usługi udzielane przez zamawiającego publicznego i zamawiającego sektorowego zamawiającemu publicznemu, któremu wyłączone prawo do świadczenia tych usług przyznano na podstawie ustawy lub innego aktu normatywnego podlegającego publikacji. Przepis ten ma swoje źródło w dyrektywach: klasycznej i sektorowej. W ślad za dyrektywami można powtórzyć, że nie ma potrzeby stosowania procedur udzielania zamówień publicznych do zamówień na usługi, w sytuacji, gdy jedynym źródłem pozyskania takiej usługi jest jeden, określony zamawiający publiczny, a wyłączone prawo do świadczenia takiej usługi przez tego zamawiającego wynika z przepisów prawa podlegających publikacji (por. motyw 30 preambuły do dyrektywy klasycznej i motyw 37 preambuły do dyrektywy sektorowej).

Jak wynika z przytoczonego wyżej przepisu, warunki zastosowania wyłączenia z art. 10 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp są następujące:

- 1) zamówienie jest zamówieniem na usługi,
- 2) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego,
- 3) zamówienie udzielane jest zamawiającemu publicznemu, który posiada wyłączone prawo do świadczenia tych usług, przyznane mu na podstawie ustawy lub innego aktu normatywnego podlegającego publikacji.

Przesłanki te muszą być spełnione kumulatywnie.

Badając zatem możliwość zastosowania przedmiotowego wyłączenia na gruncie omawianego zagadnienia i cech scharakteryzowanych wyżej usług e-doręczenia, wskazać należy, że jeżeli zamówienia udziela zamawiający publiczny, przedmiotem świadczenia jest publiczna usługa rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publiczna usługa hybrydowa, a usługodawcą - Poczta Polska S.A. to przyjmując, że Poczta Polska S.A. jest zamawiającym publicznym, o którym mowa w art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, a także jest jedynym podmiotem, z mocy ustawy uprawnionym w okresie do dnia 31 grudnia 2025 r. do świadczenia publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz publicznej usługi hybrydowej, uprawnione jest przyjęcie, że spełniona będzie przesłanka zastosowania wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp, o którym mowa w art. 10 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (w okresie, w którym Poczta Polska S.A. będzie operatorem wyznaczonym na zasadach omówionych wyżej).

Źródło: <https://www.gov.pl/>

CZY MOŻNA POPRAWIĆ W GWARANCJI WADIALNEJ OCZYWISTĄ OMYŁKĘ PISARSKĄ

**WYMAGANIA W ZAKRESIE WADIUM W TYM TAKŻE WADIUM WNOSZONEGO
W FORMIE INNEJ NIŻ PIENIĄDZ SĄ BARDZO RESTRYKCYJNE I MUSZĄ BYĆ
SPEŁNIONE JUŻ W DACIE SKŁADANIA OFERT.**

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w której gwarant wskazał okoliczności skutkujące wypłatą kwoty gwarantowanej poprzez przywołanie przepisu art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, podczas gdy zostały one określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego z wykładni treści gwarancji dokonanej zgodnie z art. 65 § 1 k.c. wynika, że doszło do oczywistej omyłki, a wniesione w ten sposób wadium w sposób należyty zabezpiecza jego ofertę.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, co wynika też z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że wadium musi zabezpieczać ofertę na wypadek zaistnienia przesłanek jego zatrzymania wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, przy czym wadium wniesione w formie gwarancji musi dawać zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Wadium nie jest przy tym ani ofertą ani podmiotowym czy przedmiotowym środkiem dowodowym, zatem nie mają do niego zastosowania takie przepisy jak: art. 107, art. 128, czy art. 223 ustawy Pzp, co oznacza, że dokument gwarancji wadialnej nie podlega uzupełnieniu, poprawieniu czy wyjaśnieniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej już w chwili otwarcia ofert zamawiający musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania

wadium otrzyma sumę gwarancyjną w całości, natomiast wykładnia samego dokumentu, choć dopuszczalna, nie może być rozszerzająca, ale powinna być dokonywana ściśle (tak m.in. w wyroku z dnia 30 listopada 2016 r., KIO 2179/16). W wyroku z dnia 24 listopada 2020 r., KIO 2914/20, stwierdzono, że „Przepisy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium. (...) Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego prawidłowość wniesionego wadium. Jak wynika z powyższego, wymagania w zakresie wadium w tym także wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądze są bardzo restrykcyjne i muszą być spełnione już w dacie składania ofert. Tym samym pewność co do wypłaty wadium w określonych ustawą przypadkach powinna zaistnieć już w chwili otwarcia ofert. Powyższe oznacza także, że wykładnia liberalna czy rozszerzająca zakresu zobowiązania gwaranta jest niedopuszczalna, a możliwość uzupełnienia treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert skutkowałaby naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Biorąc pod uwagę fakt, że nie jest dopuszczalne uzupełnianie, wyjaśnianie lub poprawianie gwarancji wadium, a jej treść już w chwili otwarcia ofert musi dawać zamawiającemu gwarancję zaspokojenia się w razie zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium, w przedmiotowej sprawie należy ocenić treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez odwołującego w dniu składania ofert wraz z ofertą. Treść tego dokumentu jest przesądzająca dla oceny, czy oferta odwołującego została właściwie zabezpieczona wadium.

W złożonej gwarancji ubezpieczeniowej gwarant zobowiązał się do wypłaty kwoty gwarantowanej „o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 5 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych”.

Przesłanki zatrzymania wadium zostały przez ustawodawcę określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp (dodatkowo wskazanym przez zamawiającego w SWZ), zatem bezsporne jest, że odniesienie się przez gwaranta do art. 98 ust. 5 ustawy Pzp było wadliwe. Treść gwarancji nie daje przy tym podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z oczywistą omyłką. W szczególności w gwarancji nie zostały przytoczone przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, co mogłoby pozwolić na uznanie, że mimo wskazania przez gwaranta art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, zobowiązuje się on do wypłaty kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Również inne elementy, takie jak: właściwie wskazany zamawiający i wykonawca, nazwa postępowania, okres związania ofertą, czy kwota wadium, nie mogą dowodzić, że doszło do oczywistej omyłki, ponieważ dotyczą one zupełnie innych kwestii niż przesłanki zatrzymania wadium. Z kolei fakt, że wskazany w gwarancji art. 98 ust. 5 ustawy Pzp nie dotyczy przesłanek zatrzymania wadium, nie przesądza o omyłce, gdyż zwłaszcza w świetle braku wymienienia wprost przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, nie można wykluczyć, że poprzez

takie działanie niektórzy ubezpieczyciele mogą dążyć do utrudnienia wypłaty wadium.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wadliwe powołanie się na art. 98 ust. 5 ustawy Pzp nie może być w niniejszej sprawie uznane za omyłkę, zwłaszcza zaś „oczywistą” i nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, że gwarant wypłaciłby kwotę wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Przy czym raz jeszcze należy podkreślić, że ocenie w tym zakresie podlega wyłącznie treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej wraz z ofertą, gdyż pewność co do zabezpieczenia oferty wadium zamawiający musi mieć już od chwili otwarcia ofert. Tym samym wykładnia treści gwarancji nie może zależeć od oświadczenia gwaranta złożonego w czasie późniejszym (tym bardziej, że nie w każdej sytuacji wadliwość gwarancji zostanie dostrzeżona przez strony przed ewentualnym wystąpieniem przez zamawiającego do gwaranta o wypłatę wadium). Dodatkowo należy zauważyć, że o wadliwości gwarancji przesądza już samo wynikające z niej ryzyko braku możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego. W przedmiotowej sprawie zaś ocena treści gwarancji złożonej przez odwołującego wraz z ofertą niewątpliwie prowadzi do wniosku, że gwarancja ta poprzez odwołanie się do art. 98 ust. 5 ustawy Pzp stwarzała co najmniej ryzyko odmowy wypłaty wadium przez gwaranta.

Z powyższego wynika, że nawet wykładnia dokonywana zgodnie z art. 65 § 1 k.c. nie pozwala na uznanie, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez odwołującego, w dniu otwarcia ofert zabezpieczała jego ofertę i dawała zamawiającemu pewność wypłaty wadium w razie ziszczenia się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Nie zachodzą bowiem okoliczności, które uzasadniałyby taką wykładnię w świetle zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów.

„W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancja ta musi wyrażnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by nie

występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę. Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów [podkreślenie własne], czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent - gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium. Co do możliwości dokonywania wykładni treści gwarancji wadialnej, stosownie do art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że treść złożonej gwarancji była jasna i czytelna i nie mogła budzić wątpliwości, które nakazywały przejście do kolejnych, po wykładni językowej, reguł wykładni. Przede wszystkim oczywistym było, że treść ta nie zawiera wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, co zresztą Odwołujący sam przyznawał. Jak słusznie podniósł Zamawiający, zakres odpowiedzialności gwaranta został wyrażony wprost i brak jest podstaw, by poprzez wykładnię oświadczeń woli nadawać określonej treści szerszy zakres i znaczenie. Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnianiu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł” (wyrok z dnia 30 listopada 2016 r., KIO 2179/16).

W przedmiotowej sprawie treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej wraz z ofertą była jasna, bowiem jednoznacznie odwoływała się do art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, co pozbawiało zamawiającego możliwości wypłaty wadium w przypadkach, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp lub co najmniej stwarzało ryzyko w tym zakresie. Zatem wykładnia dokonana

zgodnie z art. 65 § 1 k.c. nie daje podstaw do przyjęcia, że gwarancja od dnia otwarcia ofert dawała zamawiającemu pewność zaspokojenia się na wypadek ziszczenia się ustawowych przesłanek zatrzymania wadium. Wykładnia treści gwarancji nie może służyć uzupełnianiu jej o elementy, których gwarant w niej nie zawarł, co oznacza, że w tym wypadku wykładnia ta nie może prowadzić do uzupełnienia gwarancji o oświadczenie o popełnieniu oczywistej omyłki pisarskiej i o zapewnienie, że wypłata kwoty wadium nastąpi w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Dodatkowo wobec obowiązku stosowania restrykcyjnych reguł w stosunku do instytucji wadium, dokonanie takiej wykładni stanowiłoby naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zwłaszcza że - w przeciwieństwie do odwołującego - pozostali wykonawcy dołożyli należytej staranności w dopilnowaniu, aby wniesione przez nich wadium było prawidłowe. Od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekuje się działania ze starannością wymaganą od profesjonalisty, co oznacza m.in., że w przypadku składania wraz z ofertą dokumentu sporządzonego przez podmiot trzeci, w tym przypadku przez wystawcę gwarancji, wykonawca winien zadbać o to, aby dokument ten odpowiadał wymogom postawionym przez zamawiającego. Samo ewentualne przekazanie specyfikacji warunków zamówienia do wystawcy gwarancji bez zweryfikowania przed złożeniem oferty, czy zastosował się on do wymogów w niej postawionych, nie wypełnia wymogów działania z należytą starannością. Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 marca 2023 r., KIO 736/23 uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp było zasadne i odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

CZY MOŻNA UNIEWAŻNIĆ POSTĘPOWANIE PRZED PRZEPROWADZENIEM FAKULTATYWNYCH NEGOCJACJI

DLA WYKAZANIA PRZESŁANKI DO UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA ZAMAWIAJĄCY POWINIEN PODJAĆ WSZYSTKIE MOŻLIWE I UZASADNIONE CELEM PROCEDURY PRZETARGOWEJ CZYNNOŚCI, KTÓRE TAK JAK W TYM POSTĘPOWANIU, POZWOLIŁYBY NA OSTATECZNE OKREŚLENIE WARUNKÓW ŚWIADCZENIA USŁUGI.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 359 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania przed przeprowadzeniem negocjacji, tj. przed ostatecznym wyłonieniem oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 266 ustawy Pzp i art. 359 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nadużywanie prawa do unieważnienia postępowania z powodu przekroczenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania z powodu tego, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest wyższa niż kwota oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający mógł przeprowadzić negocjacje, które przewidział w

SWZ na podstawie art. 275 pkt 5 ustawy Pzp, co pozwoliłoby negocjować z wykonawcami treść ofert, w tym cenę (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp). Bez podjęcia negocjacji Zamawiający nie wiedział jak ostatecznie ukształtowałaby się cena, a tym samym, czy byłaby niższa od kwoty środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Unieważniając w tej sytuacji postępowanie Zamawiający nadużył możliwości korzystania z przepisu, który pozwala mu na unieważnienie postępowania, co stanowi instytucję wyjątkową i zupełnie szczególny sposób zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania.

W ocenie Zamawiającego zaistniała podstawa do odrzucenia odwołania, które wniesione zostało na czynności podjęte przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem wcześniejszego odwołania. Ponieważ Zamawiający w postępowaniu nie podjął takiej decyzji nie można mu z tego tytułu stawiać zarzutu. W tej sytuacji również prawidłowo Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, w sytuacji

gdy cena najkorzystniejszej oferty (i jedynej ważnej) przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie uprawdopodobnił w żaden sposób, jak ulepszenie treści jego oferty (obligatoryjny wg ustawy cel negocjacji) miałoby doprowadzić do obniżenia ceny poniżej kwoty, jaką Zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący przyznał pośrednio, że złożył ofertę ze znacznie zawyżoną ceną nadmierną w stosunku do faktycznej wartości zamówienia.

W wyroku z dnia 16 czerwca 2023 r., KIO 1581/23, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu. Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym SWZ, ofertę Odwołującego oraz wyjaśnienia i stanowiska stron w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania. Zamawiający prowadził postępowanie w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych.

Zamawiający w SWZ przewidział możliwość prowadzenia negocjacji z wykonawcami, którzy odpowiedzieli na ogłoszeniu o zamówieniu, a ich oferty nie podlegały odrzuceniu. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji miał wskazać, m.in. kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści oferty.

Zgodnie z SWZ umowa miała być zawarta na czas oznaczony, tj. na okres 12 miesięcy bądź do czasu wyczerpania wartości brutto wszystkich zasobów będących przedmiotem umowy w zależności, które z tych zdarzeń wystąpi wcześniej. We wzorze umowy Zamawiający nie

wskazał początkowego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi - który został pozostawiony do wypełnienia z samym wskazaniem na okres 12 miesięcy obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem możliwości wydłużenia tego okresu na kolejne 6 miesięcy.

Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w oparciu o art. 359 pkt 2 w zw. z art. 275 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż cena najkorzystniejszej oferty (1.649.136,74 zł) nie mieści się w kwocie środków przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (1.500.000 zł) i nie ma możliwości zwiększyć swojej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w całości i uznała, że koniecznym, w kontekście zasadności unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, mającym zastosowanie w postępowaniu na usługi społeczne na podstawie art. 359 pkt 2 ustawy Pzp, było odniesienie się do twierdzenia o potrzebie przeprowadzenia negocjacji, które Zamawiający przewidział w procedurze otwartej, przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego.

Zamawiający traktował możliwość prowadzenia negocjacji w procedurze przetargowej na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp w kategorii uprawnienia oznaczającego dowolność przy podejmowaniu decyzji o tym, czy negocjacje odbędą się. Jednocześnie, na tej podstawie uznał, iż takich negocjacji nie będzie prowadzić z wykonawcą, który pozostał z ważną ofertą w postępowaniu, a której cena przekraczała środki przewidziane na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący natomiast wskazywał, iż decyzja o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy była możliwość prowadzenia negocjacji w kryterium ceny, prowadzi do wypaczenia celu postępowania, jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uwzględniając charakter przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skład orzekający uznał, że obowiązkiem zamawiającego jest podejmowanie czynności dopuszczonych przepisami prawa, które mogą doprowadzić do zakończenia postępowania zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tak wszczęcie postępowania, jak i jego unieważnienie stanowią etap procedury przetargowej, której wynik uzależniony jest od właściwego przygotowania procedury, jej przeprowadzenia i dopiero na końcu, jej efektem może być wybór oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. W sytuacji, gdy procedura pozwala zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej, to dopiero jej wyczerpanie może określić czy w postępowaniu rzeczywiście wystąpiły okoliczności uzasadniające unieważnienie całego postępowania przetargowego.

W niniejszej sprawie Zamawiający miał możliwość zaproszenia Odwołującego do negocjacji ceny, co przewidział wszczynając postępowanie na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem decyzja o unieważnieniu postępowania była przedwczesna, mając na uwadze podstawę z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Dopiero ustalenie czy i na ile Wykonawca był gotowy ulepszyć swoją ofertę w zakresie ceny pozwoliłoby jednoznacznie określić warunki oferty i na tej podstawie ocenić, czy środki jakie przewidział Zamawiający na sfinansowanie zamówienia pozwalają na wybór oferty najkorzystniejszej. Odstąpienie od negocjacji prowadziło faktycznie do zamknięcia drogi wykonawcy, który był gotowy negocjować cenę w ramach obecnej procedury przetargowej.

Również z punktu widzenia Zamawiającego taka możliwość powinna być postrzegana w kategorii korzyści, jakie może to przynieść dla osiągnięcia celu zamówienia publicznego, bez konieczności podejmowania innych kroków, celem zabezpieczenia bieżących potrzeb pacjentów szpitala.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że dla wykazania przesłanki unieważnienia postępowania Zamawiający zobowiązany był również skorzystać z możliwości, jaką przewidział w procedurze przetargowej. Ponieważ to tylko od jego decyzji o tym, iż negocjacje się nie odbędą, uzależnione było ustalenie, czy cena pozwoli na sfinansowanie zamówienia, należy uznać, iż to Zamawiający faktycznie doprowadził do tego, iż nie było możliwe ustalenie ostatecznej wysokości ceny. W ocenie składu orzekającego, tak jak Zamawiający jako dysponent środków ma swobodę w decydowaniu o możliwościach sfinansowania zamówienia, tak wykonawca składający ofertę nie może być przez Zamawiającego pozbawiony możliwości jej zmiany w drodze dopuszczalnych negocjacji ceny.

Dla wykazania przesłanki do unieważnienia postępowania Zamawiający winien podjąć wszystkie możliwe i uzasadnione celem procedury przetargowej czynności, które tak jak w tym postępowaniu, pozwoliłyby na ostateczne określenie warunków świadczenia usługi, co miało bezpośrednie znaczenie dla stwierdzenia podstawy unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym możliwość negocjacji ceny, przed ewentualną decyzją o unieważnieniu postępowania, nie powinna być traktowana wyłącznie w kategorii uprawnienia zamawiającego, ale również jako jego obowiązku doprowadzenia do osiągnięcia celów zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę na duże prawdopodobieństwo uzyskania w drodze negocjacji ceny mieszczącej się w środkach przewidzianych na sfinansowanie zamówienia - o czym świadczyło niewielkie przekroczenie ceny zaoferowanej ponad kwotę 1.500.000 zł, jaką wskazał Zamawiający przy otwarciu ofert.

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA W POSTĘPOWANIU PRZEWIDUJĄCYM OPCJĘ

OPCJA MA CHARAKTER WARUNKOWY I NIEPRZEWIDYWALNY, A OKOLICZNOŚCI UZASADNIAJĄCE SKORZYSTANIE Z NIEJ MOGĄ UJAWNIĆ SIĘ DOPIERO NA ETAPIE REALIZACJI UMOWY. TO SAMO DOTYCZY RÓWNIEŻ MOŻLIWOŚCI FINANSOWYCH ZAMAWIAJĄCEGO NA POKRYCIE OPCJI, KTÓRE W PÓŹNIEJSZYM OKRESIE MOGĄ UZASADNIAĆ SKORZYSTANIE Z NIEJ W ZAKRESIE WIĘKSZYM NIŻ ZAMAWIAJĄCY ZAKŁADAŁ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 2 w związku z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tym samym poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości. W związku z postawionym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Stanowisko Odwołującego:

Przedstawiając argumentację w ramach wniesionego odwołania, Odwołujący wskazywał, co następuje. Odwołujący wskazał na okoliczności faktyczne sprawy, zgodnie z którymi Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 1.976.989,25 zł, a oferta Odwołującego przewyższa te środki, co prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania.

Odwołujący nie zgodził się z ww. stanowiskiem. Jego zdaniem Zamawiający błędnie wskazał kwotę oferty Odwołującego, poprzez podanie ceny łącznej za realizację zamówienia

podstawowego i zamówienia opcjonalnego, gdzie *de facto* oferta Odwołującego to 1.547.009,13 zł za realizację zamówienia podstawowego (gwarantowanego) i 693.906,96 zł za realizację zamówienia opcjonalnego. Odwołujący zwrócił uwagę na zapisy SWZ, zgodnie z którymi, Zamawiający uzależnił skorzystanie z opcji m.in. od możliwości finansowych oraz wskazał, że zamówienie opcjonalne może być w ogóle nie wykorzystane lub wykorzystane jedynie w części. Wobec tego dla uczestników postępowania oczywistym było i jest, że prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego ale nie obowiązkiem, z którego będzie mógł skorzystać o ile będzie takie zapotrzebowanie i co najważniejsze będzie posiadał odpowiednie środki. Jak kontynuował Odwołujący, Zamawiający w sposób zupełnie niezrozumiały dla Odwołującego wskazał w uzasadnieniu kwotę z oferty zawierającą część niegwarantowaną, co jest nieuprawnionym działaniem. Zamawiający nie może bowiem w sposób zupełnie dowolny unieważniać postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający przed otwarciem ofert podając kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wskazał tylko jedną kwotę, tę która

w zupełności wystarczy na realizację zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego.

Odwołujący dla poparcia stawianych przez siebie tez powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 359/18 oraz na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji”.

Stanowisko Zamawiającego:

Zdaniem Zamawiającego czynność unieważnienia postępowania została dokonana zgodnie z prawem. Zamawiający podkreślił, że przy ocenie, czy zachodzą przesłanki z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp powinien brać pod uwagę cenę ofertową, na którą zgodnie z dokumentami zamówienia składała się łączna cena za zamówienie podstawowe oraz za zamówienie opcjonalne. Na cenę całkowitą składała się cena za zamówienie podstawowe i cena za zamówienie opcjonalne i taka też cena była porównywana przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert. Również wzór formularza ofertowego potwierdza definicję ceny ofertowej wprowadzoną przez Zamawiającego, w którym należało wpisać cenę całkowitą oferty po zsumowaniu ceny za zamówienie podstawowe i ceny za zamówienie opcjonalne. Podobnie został skonstruowany wzór formularza cenowego stanowiącego. Zdaniem Zamawiającego, już tylko z tych względów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dalej wskazywał Zamawiający, że kwota wynosząca 1.976.989,25 zł przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jaką podał Zamawiający przed otwarciem ofert zawiera w sobie zarówno kwotę za zamówienie podstawowe jak i kwotę za zamówienie opcjonalne. Jest to maksymalna kwota przeznaczona na sfinansowanie całego zamówienia obejmującego zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne. Okoliczność tą potwierdzają dokumenty znajdujące się w aktach postępowania oraz

notatka z szacowania wartości zamówienia. Dokumenty te jednoznacznie potwierdzają, że Zamawiający w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia wynoszącej 1.976.989,25 zł uwzględnił kwotę przeznaczoną na zamówienie podstawowe w wysokości 1.391.810,19 zł oraz za zamówienie opcjonalne w wysokości 585.179,06 zł. Nawet gdyby przyjąć tezę Odwołującego, że Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie zasadności zastosowania art. 255 pkt 3 ustawy Pzp wyłącznie cenę za zamówienie podstawowe, to bezwzględnie powinien porównać wówczas taką cenę z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie wyłącznie zamówienia podstawowego, a nie porównywać ze sobą dwie oderwane od siebie wartości, tj. cenę za zamówienie podstawowe i kwotę przeznaczoną na zamówienie podstawowe wraz z opcją. Przeciwna wykładnia prowadziłaby bowiem do pozbawienia zamawiającego możliwości korzystania z prawa opcji w pełnym zakresie. Przecież sfinansowanie zamówienia podstawowego ze środków przeznaczonych na realizację opcji oznaczałoby po stronie zamawiającego brak możliwości zapłaty za zamówienie opcjonalne. Zamawiający powołał się dodatkowo na wyroki KIO 359/18, KIO 1024/14, KIO 1168/13 i KIO 1562/20.

Zamawiający stwierdził, że nie można *a priori* wywodzić, iż Zamawiający nie uwzględnił w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty dla prawa opcji. Zamawiający wyjaśnił, że powyższe postanowienie ma za zadanie zabezpieczyć Zamawiającego przed sytuacją gdyby na etapie realizacji zamówienia Zamawiający zostałby pozbawiony tychże środków np. w wyniku koniecznych przesunięć w budżecie. Pomimo że Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia opcjonalnego kwotę 585.179,06 zł, nie oznacza to przecież, że taki stan może się nie zmienić w trakcie realizacji. Przecież jak sam Odwołujący wskazał w treści odwołania, Zamawiający nie ma obowiązku posiadania (zabezpieczenia) środków finansowych w zakresie prawa opcji, w związku z

tym, że jest to zakres zamówienia niegwarantowany.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej:

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie zakresu podstawowego oraz prawa opcji w wysokości do 50% wartości zamówienia podstawowego po cenach jednostkowych podanych w ofercie Wykonawcy. Przepisy ustawy Pzp oraz dyrektyw unijnych nie zawierają definicji prawa opcji. Ustawa Pzp odnosi się do opcji głównie w art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień. Dodatkowo w art. 441 ustawy Pzp zostały określone warunki, których spełnienie wymagane jest dla skorzystania z opcji. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że skorzystanie z opcji, nawet w przypadku gdy zamawiający przewidział i opisał przedmiotowy zakres w SWZ - zależy od jego decyzji, podejmowanej już na etapie realizacji zamówienia publicznego, po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą. Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek uwzględnienia przy szacowaniu wartości zamówienia również ewentualnych opcji. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 1.607.308,33 zł netto, z czego 1.131.553,00 zł netto stanowiła wartość zamówienia podstawowego, a 475.755,33 zł wartość opcji. Następnie Zamawiający wskazał, że „kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wraz z należnym podatkiem VAT wynosi 1.976.989,25 zł”. Zaznaczyć należy, że Zamawiający podał jedną kwotę bez rozróżnienia na kwotę dotyczącą zamówienia podstawowego i opcjonalnego.

Przechodząc do merytorycznego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności należy wskazać, że trzeba rozróżnić kwotę

przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia od szacunkowej wartości zamówienia. Często bywa, że kwota podawana przed otwarciem ofert jest odzwierciedleniem kwoty z szacowania, chociaż przepisy ustawy Pzp zezwalają by odbiegała ona od szacunków. Zatem kwota przeznaczona na realizację zamówienia może być zarówno wyższa, jak i niższa od kwot szacunkowych - nie ma w tym zakresie żadnego związania. Skoro tak, to należy wyraźnie odróżnić czynność przygotowawczą polegającą na szacowaniu wartości zamówienia od czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jaką jest podanie informacji o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Druga z ww. czynności stanowi de facto wyraz zobowiązania zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, o ile zaoferowana cena lub koszt nie przekroczy podanej przez niego kwoty. Z kolei głównym celem szacowania wartości zamówienia jest zakwalifikowanie zamówienia do określonego reżimu ustawy - poniżej lub powyżej progów unijnych. Szacowanie wartości zamówienia istotne jest również w kontekście innych czynności zamawiającego jak choćby badanie rażąco niskiej ceny czy ustalanie wysokości wadium. Następnie wskazać należy, że przyjmuje się, iż kwota podawana przez zamawiającego jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia odnosi się wyłącznie do wartości tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może być realizowany w ramach prawa opcji. Z natury prawa opcji wynika bowiem, że jest ono zdarzeniem przyszłym i niepewnym, uzależnionym od szeregu okoliczności. Pogląd taki prezentowany był w wyroku z dnia 12 marca 2018 r., KIO 359/18 i opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji”. Zdaniem Krajowej Izby

Odwoławczej nie stoi jednak na przeszkodzie, by w informacji o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia podać zarówno kwotę przeznaczoną na zamówienie podstawowe oraz kwotę przeznaczoną na zamówienie opcjonalne, o ile zamawiający już ją zna. Wyszczególnienie tych kwot powinno jednak być jednoznaczne. Należy bowiem pamiętać, że zamawiający związany jest kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia podstawowego, którego udzielenie w pełnym wymiarze gwarantuje. Zamawiający ma bowiem wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek spełnienia świadczenia wyłącznie co do gwarantowanego zakresu określonego w jej treści, stąd też zabezpieczenie środków finansowych w zakresie realizacji zamówienia gwarantowanego jest bezwzględne, a jego rozszerzenie na zamówienie objęte prawem opcji jest jedynie hipotetyczne. Opcja ma charakter warunkowy i nieprzewidywalny, a okoliczności uzasadniające skorzystanie z niej mogą ujawnić się dopiero na etapie realizacji umowy. To samo dotyczy również możliwości finansowych zamawiającego na pokrycie opcji, które w późniejszym okresie mogą uzasadniać skorzystanie z niej w zakresie większym niż zamawiający zakładał (np. skorzystanie z opcji w maksymalnym zakresie 50% zamówienia podstawowego, w porównaniu do 30% , które zamawiający zakładał w momencie podawania kwot na sfinansowanie zamówienia). Zatem w razie podania przez zamawiającego dwóch kwot - jedynie kwota dotycząca zamówienia podstawowego jest wiążąca. Kwota dotycząca opcji może stanowić pewne założenie, które jednak może ulec zmianie.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli zamówienie przewiduje prawo opcji, w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający ma prawo odnosić się do kwoty podawanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która dotyczy środków przeznaczonych na realizację zamówienia

gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może, ale nie musi być realizowany w ramach prawa opcji. W sytuacji jednak, gdy Zamawiający podaje jedną kwotę, bez rozróżnienia na kwotę dotyczącą zakresu podstawowego i prawa opcji, to należy uznać, iż dotyczy ona tylko i wyłącznie zakresu podstawowego i w odniesieniu do tej kwoty powinna być analizowana przesłanka do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Do sytuacji opisanej powyżej nawiązywał także powoływany przez Zamawiającego wyrok z dnia 4 sierpnia 2020 r., KIO 1562/20. W stanie faktycznym ww. sprawy zamawiający w ramach informacji o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia podał dwie wartości - odrębnie dla zamówienia podstawowego i zamówienia objętego prawem opcji. Izba w tym zakresie uznała, że zamawiający analizując możliwość unieważnienia postępowania może odnosić się do kwoty przeznaczonej do realizacji zamówienia podstawowego, bez uwzględnienia prawa opcji. Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni aprobuje stanowisko wyrażone w ww. rozstrzygnięciu. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła jednak uwagę, że sytuacja w niniejszej sprawie jest zgoła odmienna. Zamawiający podał jedną tylko kwotę, a obecnie stoi na stanowisku, że może unieważnić postępowanie, co zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej jest stanowiskiem nieuprawnionym. Odwołujący zaoferował bowiem realizację zamówienia podstawowego za kwotę 1.547.009,13 zł brutto, która to kwota mieści się w podanej przez Zamawiającego kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Uwzględniając bowiem treść informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia nie ma podstaw by twierdzić, że obejmuje ona łącznie kwotę na sfinansowanie zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego. Wniosku takiego nie da się wyprowadzić z treści tej informacji. A to właśnie kwotą podawaną przed otwarciem ofert Zamawiający jest związany, a nie kwotą z szacowania wartości. Jeśli Zamawiający stoi na

stanowisku, że podana przez niego kwota obejmuje zakres podstawowy i opcjonalny to powinno to znaleźć wyraz w treści informacji przekazywanej wykonawcom - co jednak nie miało miejsca. Zamawiający podał tylko jedną kwotę, bez jej rozróżnienia na zamówienie podstawowe i opcjonalne. Wskazać również należy, że Zamawiający w SWZ wyraźnie podkreślił, że skorzystanie z zamówienia opcjonalnego uzależnia od zapotrzebowania oraz możliwości finansowych. W ten sposób jak gdyby sam przesądził, że możliwości te mogą ujawnić się dopiero później, co również popiera tezę, że wykonawcy nie mieli żadnych podstaw by twierdzić, że podana przez niego kwota nie dotyczy jedynie zamówienia podstawowego.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że obecne podejście Zamawiającego umożliwia mu *de facto* manipulowanie zastosowaniem przesłanki do unieważnienia postępowania. Z dokumentacji postępowania jednoznacznie bowiem wynika, jaką kwotę Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Równocześnie kwota ta jest wyższa niż zaoferowana przez Odwołującego cena za realizację zamówienia podstawowego. Z kolei Zamawiający usiłuje obecnie podaną przez siebie kwotę zmniejszyć, wyciągając z niej wartość szacunkową ustaloną dla zamówienia podstawowego. Podejście takie jest oczywiście błędne z uwagi na rozróżnienie kwoty z szacowania oraz kwoty podawanej przed otwarciem ofert.

Nieuprawnionym są również twierdzenia Zamawiającego, że w przypadku analizowania przesłanki do unieważnienia postępowania, należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę oferty Odwołującego, tj. cenę za realizację zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego. Skoro bowiem podawana przez zamawiającego przed otwarciem ofert kwota dotyczy jedynie zakresu podstawowego i tylko w tym zakresie zamawiający jest związany podaną kwotą, to należy wziąć pod uwagę jedynie cenę za realizację zamówienia podstawowego. Podejście

odmienne nakazywałoby porównywanie kwot, które są nieporównywalne.

Nie ma również znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczność, że Odwołujący mógł znać kwoty szacunkowe zamówienia. Nawet gdyby Odwołujący te kwoty znał, to znaczenie w kontekście przesłanki do unieważnienia postępowania ma tylko i wyłącznie informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Należy wyraźnie odróżnić kwoty szacunkowe oraz czynność jaką jest szacowanie wartości zamówienia od kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, które wyznaczają próg zobowiązania zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że katalog podstaw do unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty i podlegają one ścisłej interpretacji a działanie Zamawiającego stanowi próbę obniżenia kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia. Obniżanie, po czynności otwarcia ofert, kwot przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia, prowadziłoby do dowolnego rozszerzania faktycznych podstaw unieważniania postępowań. Zamawiający jest związany wysokością kwoty, jaką podał w informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest zachowanie szczególnej staranności podczas podawania tej kwoty do publicznej wiadomości. Obecne działania Zamawiającego mają na celu *de facto* manipulowanie wynikiem postępowania lub sanowanie błędu popełnionego przy podawaniu kwoty na sfinansowanie zamówienia. Wykonawcy nie mogą jednak ponosić konsekwencji błędów Zamawiającego, a unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie było do tego podstaw, jest oczywiście nieuprawnione.

Wyrok z dnia 30 marca 2023 r., KIO 713/23

Orzecznictwo: www.uzp.gov.pl

WARTOŚĆ GOSPODARCZA INFORMACJI ZAWARTYCH W ZASTRZEŻONYCH DOKUMENTACH

Uchwała z dnia 28 grudnia 2022 r., KIO/KU 34/22

Kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Na takie stanowisko Izba ma wpływ ukształtowanie przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wyjątek od powyższej zasady wskazano w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień

ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (tak wyrok z dnia 23 czerwca 2021 r., KIO 1173/21).

Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których

mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa o zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

W konsekwencji wykonawca B. zobowiązany był zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności. Wszystkie wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Ponadto zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z równoczesnym wykazaniem zasadności takiego zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w momencie ich złożenia. Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Kontrolującego, że B. powyższemu obowiązkowi nie sprostął. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przedstawione uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są lakoniczne i opierają się na teoretycznych wywodach odwołujących się do elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i poglądów orzecznictwa oraz ogólnych tezach, nie zawierając konkretnych, merytorycznych argumentów przemawiających za uznaniem za tajemnicę przedsiębiorstwa konkretnych informacji. Tym bardziej, iż wiele z tych informacji związanych jest z realizacją na rzecz podmiotów publicznych umów o zamówienia publiczne, które to informacje można pozyskać zgodnie z ustawą o dostępie do informacji publicznej. Krajowa Izba Odwoławcza podziela również stanowisko Kontrolującego, że

wykonawca B. nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, ograniczając swoje stanowisko do niczym nie popartych tez i hipotez. Wykonawca wskazywał, że zastrzegane informacje są oparte na wieloletnim doświadczeniu wykonawcy i jego know-how, a ich ujawnienie zagrażałoby jego interesom, prowadząc do umniejszenia przewagi konkurencyjnej i zagrażając jego pozycji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykładowo odnośnie „Centralnego Rejestru Zdarzeń” wykonawca wskazywał, że przedmiotowy dokument ma wymierną wartość gospodarczą, bo wskazuje na konkretne informacje mające walor ekonomiczny, związane ze statusem Spółki, metodologią działań w ramach relacji inwestorskich i dla Wykonawcy stanowi konkretną chronioną wartość. Zauważyć należy, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie wykonawcy B. o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki wykonawca gromadzi określone informacje oraz sam fakt prowadzenia takiego rejestru nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów wykonawcy i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat kontraktów zawartych, zrealizowanych czy też niewykonanych przez konkurentów.

Zgodzić się również należy z Kontrolującym, iż każdy racjonalny wykonawca działający na rynku zamówień publicznych winien posiadać analogiczny rejestr. Wykonawca B. winien wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień miałoby powodować umniejszenie

przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać, tym bardziej, jak już wspomniano powyżej, że duża część zastrzeżonych dokumentów pochodzi od Zamawiających publicznych i jest związana z realizacją umów realizowanych w reżimie ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zawarcie ogólnych stwierdzeń w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez konkretyzacji określenia wartości poszczególnych informacji, nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż jest to argumentacja wystarczająca do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Krajowa Izba Odwoławcza podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 26 lipca 2019 r., KIO 1317/19, iż przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie wykonawca B. oparł swoje przekonanie o wartości gospodarczej informacji przedstawionych w ofercie na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, pozbawionych szerszego uzasadnienia, nie wskazując żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń.

Ponadto za negatywną należy uznać praktykę zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści składanych wyjaśnień zarówno w zakresie self-cleaningu jak i ewentualnego wystąpienia przesłanek wykluczenia, mającą de facto na celu nie chronienie cennych dla organizacji informacji lecz utrudnienie innym wykonawcom kontroli czynności Zamawiającego. Aczkolwiek a priori nie można wykluczyć sytuacji, w której pełna treść

wyjaśnień mogłaby zawierać informacje posiadające wartość gospodarczą, to jednak przypadki takie należy rozpatrywać raczej w kategorii wyjątku niż reguły.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą posiadać wartość gospodarczą, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że faktycznie taką wartość gospodarczą posiadają. Ciężar wykazania konieczności udzielenia informacjom ochrony, przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto odnośnie argumentu Zamawiającego, co do jego braku wiedzy o odtajnieniu tożsamyh informacji zastrzeżonych przez wykonawcę B. przez innego zamawiającego, stwierdzić należy, iż chociaż faktycznie Zamawiający nie musiał tej wiedzy posiadać to obiektywnie zastrzeżone w niniejszym postępowaniu informacje jako ujawnione nie stanowią już tajemnicy przedsiębiorstwa.

Źródło: www.uzp.gov.pl

OŚWIADCZENIE WYKONAWCY O AKTUALNOŚCI INFORMACJI ZAWARTYCH W JEDNOLITYM EUROPEJSKIM DOKUMENCIE ZAMÓWIENIA

Uchwała z dnia 31 października 2022 r., KIO/KU 34/22

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej stwierdził naruszenie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) – w skrócie „rozporządzenie”, poprzez zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ).

W zakresie dotyczącym naruszenia art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał, że „Zamawiający określił w kontrolowanym postępowaniu zakres podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w rozdz. X SWZ. Zgodnie z punktem 1 rozdz. X, każdy wykonawca musi dołączyć do oferty oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 do SWZ. Oświadczenie stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w

postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane podmiotowe środki dowodowe.

Następnie w punkcie 7 rozdz. X zamawiający wymieniał podmiotowe środki dowodowe, o które zamawiający wzywał w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. W żadnym punkcie SWZ Zamawiający nie żądał oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

W piśmie do wykonawcy, stanowiącym wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie wzywał do złożenia oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, a tym samym nie miał możliwości zweryfikowania wykonawcy w zakresie przesłanek wykluczenia, o których mowa w: art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego, art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia

mającego na celu zakłócenie konkurencji, art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170), w oparciu o zawarte w SWZ postanowienia.

Zgodnie z art. 124 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

- 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
- 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), zostało określone jako jeden z podmiotowych środków dowodowych służący ocenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

W kontrolowanej sprawie nie stwierdzono przesłanek do możliwości odstąpienia zamawiającego od żądania w postępowaniu dokumentu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia. Zaniechanie żądania tego dokumentu pozbawiło zamawiającego możliwości uzyskania potwierdzenia aktualności wskazanych informacji zawartych w JEDZ. W konsekwencji, zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) stanowi naruszenie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak jest podstaw do przyjęcia, że podmiotowy środek

dowodowy określony w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia jest w rozumieniu art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oświadczeniem, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, jest oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, które zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy Pzp „stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe”. Zatem w przypadku postępowania zakres oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia) obejmował oświadczenie o braku podstaw wykluczenia na dzień składania ofert.

Oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, jest zaś oświadczeniem o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określonych w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia. Konieczne jest przy tym wskazanie, że jest ono podmiotowym środkiem dowodowym składanym na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona. Z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, iż takie podmiotowe środki dowodowe mają być aktualne na dzień złożenia. Wobec powyższego należy stwierdzić, że oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, ma stanowić oświadczenie o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w tym przepisie na dzień złożenia oświadczenia.

Oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, potwierdza brak podstaw wykluczenia (w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w tym przepisie) na dzień złożenia tego oświadczenia, a więc na inny dzień niż oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp - które potwierdza brak podstaw wykluczenia na dzień złożenia oferty. Okoliczność ta nie pozwala na uznanie, że treść oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie stanowił zatem podstawy prawnej do zaniechania wykonania obowiązku określonego w art. 124 pkt 1 ustawy Pzp - wezwania wykonawców do złożenia podmiotowych

środków dowodowych. Nie ulega wątpliwości, że jednym z takich środków jest oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, do którego złożenia Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawców w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w tym przepisie. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był wymienić to oświadczenie w wykazie podmiotowych środków dowodowych zawartym w specyfikacji warunków zamówienia, czego nie uczynił.

Źródło: www.uzp.gov.pl



OGRANICZANIE ZAKRESU ZAMÓWIENIA BEZ JEDNOCZESNEGO WSKAZANIA MINIMALNEJ WARTOŚCI LUB WIELKOŚCI ŚWIADCZENIA STRON

Uchwała z dnia 1 lipca 2022 r., KIO/KD 19/22

W informacji o wyniku kontroli wskazano, że Zamawiający we wzorze umowy (§ 4 ust. 1) przewidział maksymalną kwotę, jaką przewiduje zapłacić za wykonywane usługi (stanowiącą przemnożenie szacowanych przez Zamawiającego ilości osadów do usunięcia i piasku do dosypania przez stawkę ryczałtowej ceny jednostkowej, zaproponowanej przez wykonawcę), nie przewidział jednak kwoty minimalnej lub minimalnej wielkości świadczenia stron. Projekt umowy zawierał m.in. następujące postanowienia dotyczące sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy:

- § 6 ust. 3 wzoru umowy, który przewiduje, że Zamawiający zapłaci jedynie za rzeczywiste ilości usuniętych osadów obliczone na podstawie pomiarów geodezyjnych będących w gestii Zamawiającego, przy czym Umowa nie określa minimalnej wartości ani wielkości świadczenia stron,
- § 4 ust. 3 wzoru umowy (zakaz podwyższenia ryczałtowej ceny jednostkowej),
- § 4 ust. 7 wzoru umowy (postanowienie o zrzeczeniu się przez Wykonawcę roszczeń finansowych wobec Zamawiającego w przypadku, gdy wartość usług w okresie

obowiązywania umowy będzie mniejsza niż kwota wskazana w § 4 ust. 1).

- § 2 ust. 1 wzoru Umowy (szacunkowe ilości osadów do usunięcia) w związku z § 6 ust. 3 wzoru Umowy (zapłata za faktycznie usunięte osady).

Wskazując na naruszenie art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że do stwierdzenia tego naruszenia konieczne jest spełnienie łącznie dwóch przesłanek:

- 1) istnienie projektowanego postanowienia umowy przewidującego możliwość ograniczenia zakresu zamówienia,
- 2) brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że Zamawiający – wprowadzając do projektu umowy zapisy ograniczające wysokość wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do wyliczonego na podstawie szacowanych w OPZ danych dotyczących ilości osadów – nie określił minimalnej wartości lub zakresu świadczenia stron.

W informacji o wyniku kontroli podkreślono, że projektowane postanowienia umowy nie powinny być ukształtowane w sposób, który

pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.

Wskazano, że nie kwestionując obiektywnych trudności z precyzyjnym ustaleniem ilości zalegających osadów w stawie należy stwierdzić, że art. 433 pkt 4 ustawy Pzp zakazuje w każdym przypadku ograniczania zakresu zamówienia bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Nie jest oczywiście zakazane wprowadzanie jakichkolwiek postanowień ograniczających zakres zamówienia, jak również postanowień na mocy których podstawą wypłaty wynagrodzenia będzie rzeczywista ilość wykonanych prac. Jednakże z dokumentów zamówienia powinno wynikać jasno, jaka jest minimalna, gwarantowana wartość lub wielkość przysługującego mu świadczenia. We wzorze umowy (§ 2 ust. 1) wskazano przewidywane ilości osadów do usunięcia jako szacunkowe, zaś w § 4 umowy określono zasady wypłacania wynagrodzenia wykonawcy, z których wynikało, że szacowane przez Zamawiającego ilości osadów stanowią podstawę określenia maksymalnej kwoty wynagrodzenia możliwej do uzyskania z tytułu wykonania przedmiotowego zamówienia, zaś wynagrodzenie będzie wypłacone wg ryczałtowej stawki jednostkowej za faktyczną ilość usuniętych osadów (§6 ust. 3 umowy). W przypadku przekroczenia kwoty maksymalnej, Zamawiający nie będzie zlecał nowych prac do wykonania, a wykonawca nie będzie ich wykonywał (§ 4 ust. 6 umowy). Jednocześnie z żadnego zapisu umowy ani SWZ nie wynikało, jaka będzie minimalna wysokość wynagrodzenia wykonawcy (lub minimalny zakres prac).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaznaczył, że celem wprowadzenia do ustawy Pzp przepisu art. 433 ustawy Pzp było ograniczenie praktyk polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców oraz na nieuzasadnionym lub nadmiernym przerzuceniu ryzyk kontraktowych na wykonawcę.

Ustawodawca, mając na uwadze powyższe negatywne zjawisko, określił w art. 433 ustawy Pzp katalog niedozwolonych postanowień, czyli takich, których projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać. W świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, do obowiązków zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

A contrario nie można uznać projektowanego postanowienia umowy za niedozwolone w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewidzi możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jednocześnie wskazując minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, brak określenia minimalnego (gwarantowanego) zakresu zamówienia stanowił naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ brak możliwości ustalenia tego minimalnego zakresu zamówienia oznaczał także, że przedmiot zamówienia opisany został w sposób niejasny i nieprecyzyjny.

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w sposób automatyczny nie wyklucza możliwości określenia w opisie przedmiotu zamówienia wartości lub wielkości, mających wpływ na obliczenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy (w tym przypadku dotyczących ilości usuwanych osadów/dosypywanego piasku) w sposób szacunkowy, jednak niezależnie od zastosowanych metod i poziomu dokładności podawanych danych, w każdym przypadku

niezbędne jest jasne wskazanie gwarantowanego minimum, które wynika z danego kontraktu. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w kontrolowanym postępowaniu warunek ten nie został spełniony.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zasadnie stwierdził, że w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia art. 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła argumentację przedstawioną przez

Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli i przyjmuje ją za własną.

W odniesieniu do zgłoszonych zastrzeżeń Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w istotnej części (pkt a zastrzeżeń) odnoszą się one do kwestii, których nie dotyczą stwierdzone w wyniku kontroli naruszenia. W tej części zastrzeżeń Zamawiający zmierzał do wykazania, że z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia nie było możliwe bardziej precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia. Zauważenia wymaga jednak, że w informacji o wyniku kontroli nie zakwestionowano sposobu określenia zakresu rodzajowego prac ani zakresu danych na ich temat, stwierdzono wręcz, że art. 99 ust. 1 ustawy Pzp nie wyklucza możliwości określenia zakresu przedmiotu zamówienia w sposób szacunkowy. Istotą stwierdzonego naruszenia nie było niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie ilości osadów przeznaczonych do usunięcia (a z tym zdaje się polemizować Zamawiający w punkcie a zastrzeżeń), ale nieokreślenie minimalnej wartości lub wielkości



świadczenia stron. Przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp nie był samodzielną podstawą prawną stwierdzonego naruszenia, które polegało na niewskazaniu minimalnego zakresu ilościowego zamówienia. Stanowiło to naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, który to przepis jest dopełnieniem zasady wynikającej z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, a dotyczącej konieczności jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia. Dlatego też art. 99 ust. 1 ustawy Pzp został podany w podstawie prawnej stwierdzonego naruszenia jako pozostający w związku z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Innymi słowy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zakwestionował sposobu opisanie przedmiotu zamówienia, a wyłącznie niewskazanie jego minimalnego zakresu. Zatem argumentacja przedstawiona w tej części zastrzeżeń, w tym dotycząca nieuwzględnienia złożonych w toku kontroli wyjaśnień, jest bezprzedmiotowa, jako nie dotycząca istoty stwierdzonego naruszenia.

Za niezasadne Krajowa Izba Odwoławcza uznała zastrzeżenia odnoszące się do nieokreślenia w dokumentach zamówienia minimalnego zakresu zamówienia.

Po pierwsze, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej chybiona jest argumentacja Zamawiającego, że zagwarantowane zostało wykonanie całości prac opisanych w opisie przedmiotu zamówienia, a Zamawiający nie przewidywał rezygnacji z jakiegokolwiek zakresu. Teza ta wskazuje, że Zamawiający utożsamia konieczność określenia minimalnego zakresu zamówienia z jego zakresem rzeczowym, rozumianym jako rodzaj czynności, które wykonawca zobowiązany będzie wykonać. Stanowisko to należy uznać za błędne.

Dyspozycja art. 433 pkt 4 ustawy Pzp nie może być odnoszona tylko do tak rozumianego zakresu przedmiotu zamówienia. Istotą tego przepisu jest bowiem zagwarantowanie wykonawcy, że jego wynagrodzenie z tytułu realizacji umowy nie będzie niższe od znanego w dacie ofertowania minimum. Jeżeli wynagrodzenie to zależne jest od obmiaru (ilości) wykonanych prac, to konieczne jest

określenie ich zakresu ilościowego (a nie tylko - jak twierdzi Zamawiający - rodzajowego), który na pewno zostanie wykonany.

W rozpoznawanej sprawie należało więc określić, jaka będzie minimalna ilość usuniętych osadów oraz minimalna ilość dosypanego piasku, wartości te stanowią bowiem, zgodnie z § 6 ust. 3 umowy, podstawę do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy. Dałoby to wykonawcy wiedzę, że ilość wykonanej pracy, a tym samym wynagrodzenie, nie spadnie poniżej określonego minimum. Znając to minimum oraz ilości szacowane przez Zamawiającego, wykonawca mógłby rzetelnie skalkulować ofertę, w tym oszacować ryzyka związane z brakiem wiedzy o faktycznej ilości pracy do wykonania.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że do stwierdzenia naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy Pzp nie jest konieczne, aby w umowie zawarto postanowienia wskazujące *expressis verbis* na uprawnienie zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia. Możliwość takiego ograniczenia może wynikać – jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie – z konstrukcji opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu ustalenia wynagrodzenia. Skoro Zamawiający podał w dokumentach zamówienia szacowaną (a więc niepewną) ilość prac do wykonania, a jednocześnie zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie za faktycznie wykonaną pracę, to w toku realizacji zamówienia może okazać się, że tej pracy będzie mniej niż przewidywano. W konsekwencji wykonawca nie ma żadnej pewności co do wysokości wynagrodzenia, które otrzyma.

Aby temu zapobiec, przepis art. 433 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia, a więc taką, co do której profesjonalny zamawiający może mieć pewność, że zostanie wykonana.

Źródło: www.uzp.gov.pl

AKTUALNOŚĆ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH

Uchwała z dnia 25 czerwca 2022 r., KIO/KD 17/22

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

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

Dzięki takiemu rozwiązaniu wykonawcy nie muszą z góry uzyskiwać i przedstawiać zamawiającemu całego kompletu dokumentów. Jednocześnie zamawiający jest uwolniony od konieczności weryfikacji podmiotowych środków dowodowych wszystkich wykonawców, zwłaszcza tych, którzy nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia. Wymagane dokumenty składa później jedynie zwycięski oferent (art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 ustawy Pzp – w zależności od wartości zamówienia). W razie konieczności zamawiający może jednak na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych wymaganych dokumentów (art. 126 ust. 2 lub art. 274 ust. 2 ustawy Pzp – w zależności od wartości zamówienia).

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

Przy czym zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 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:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie do brzmienia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu.

Jak wskazuje się odnośnie analogicznej do tej z art. 274 ustawy Pzp regulacji zawartej w art. 126 ustawy Pzp: Aby zrozumieć kontekst regulacji zawartej w art. 126 ustawy Pzp, należy

przypomnieć, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (zob. komentarz do art. 112 ustawy Pzp). Ponadto wykonawca od chwili wszczęcia postępowania aż do zawarcia z nim umowy ani przez chwilę nie może podlegać wykluczeniu (zob. komentarz do art. 110 ustawy Pzp). Dlatego składane podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień [fragment z „Komentarza do prawa zamówień publicznych” dostępnego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych – art. 126 ustawy Pzp].

Z kolei, jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp” [również dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych], która dotyczyła analogicznych przepisów poprzednio obowiązującej ustawy Pzp: Art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp2004 stanowią, że oświadczenia lub dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia i mają potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp2004.

Oświadczenia lub dokumenty przekazywane przez wykonawcę na podstawie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp2004 mają stanowić potwierdzenie wstępnego domniemania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Uznać zatem należy, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania winny być spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.). Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich

złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności – adekwatnie do całego toku postępowania.

Pojęcia aktualności dokumentów nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym. Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie ma zatem znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny. Wykonawca, pozyskawszy wcześniej wskazane dokumenty, może się nimi posłużyć na wezwanie zamawiającego, o ile oczywiście pozostają aktualne – jak wskazano powyżej – nie co do daty ich wystawiania, ale co do konkretnych podmiotowych kwestii, wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem.

(...)

Jak to wyrażono w ramach podsumowania tej opinii: Za aktualny na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 oraz art. 26 ust. 3 Pzp2004 należy uznać taki dokument, który potwierdzać będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw do wykluczenia w chwili jego złożenia, ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przykładowo tak również orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu uchwały z 29 sierpnia 2020 r., KIO/KD 46/20: „...przedłożona przez wykonawcę (...) na wezwanie z art. 26 ust. 2 Pzp2004 polisa (...) ubezpieczenia

odpowiedzialności cywilnej (...), wystawiona dnia 26 czerwca 2018 r. i obowiązująca od 25 czerwca 2018 r. do 24 czerwca 2019 r., nie potwierdza, że na dzień składania ofert tj. 13 czerwca 2018 r. wykonawca (...) spełniał warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.2.2.2 IDW.

W aktualnym stanie prawnym, weryfikacja podmiotowa wykonawcy odbywa się na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy etap jest dokonywany w oparciu o aktualne na moment upływu terminu składania ofert oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, drugi etap jest dokonywany przed zawarciem umowy, w oparciu o „aktualne na dzień złożenia” dokumenty składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Istotne jest to, aby stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia istniał nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert do dnia udzielenia zamówienia (zawarcia umowy).

Potwierdza to treść art. 24 ust. 12 Pzp2004, zgodnie z którym Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że dokumenty składane w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp2004 mają być aktualne na dzień złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu musi być utrzymany również na moment ich złożenia. Przedłożone w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp2004 dokumenty i oświadczenia stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w dokumentach JEDZ a przez fakt, że przedłożone dokumenty są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły.

W analizowanym stanie faktycznym, z treści złożonego przez wykonawcę (...) dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej bezsprzecznie wynikało, iż w dniu składania ofert wykonawca nie był objęty ochroną ubezpieczeniową. Oznacza to, że stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie miał charakteru ciągłego tj. od dnia upływu terminu składania ofert aż do dnia udzielenia zamówienia. Z tych względów, w ocenie Izby, Zamawiający winien był wezwać wykonawcę (...) w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004 do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż posiadał on ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej również we wcześniejszym okresie co najmniej od upływu terminu składania ofert. W ten sposób wykonawca potwierdziłby także prawdziwość złożonego wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 11 stycznia 2022 r., KIO 3753/21: Nie budzi wątpliwości, że postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są spełniać przez cały czas trwania postępowania, już od wyznaczonego przez zamawiającego dnia składania ofert. Jak wynika z przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku.

Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost

wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres.

Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, gdyż odwołujący, na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, złożył umowy zawarte po upływie terminu składania ofert oraz ofertę otrzymaną po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający zasadnie powziął wątpliwości odnośnie spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym wystosował do niego wezwanie o uzupełnienie ww. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku na dzień składania ofert. Należy przy tym zauważyć, że umowa zawarta przed upływem terminu składania ofert lub w tym dniu, jeżeli w dalszym ciągu obowiązuje, jest dokumentem aktualnym na dzień jego złożenia w rozumieniu ww. przepisów.

Analizując przywołane na wstępie przepisy należałoby się zastanowić, jaki sens miałyby składanie przez wykonawców w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oświadczeń, które nie miałyby pokrycia w rzeczywistości. Stąd przepisu art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, w którym mowa jest o aktualności podmiotowych środków dowodowych na dzień ich złożenia, nie należy interpretować zawężająco – jak czyni to Zamawiający – bez uwzględnienia pozostałych regulacji zawartych w ustawie Pzp. Owszem, podmiotowy środek dowodowy ma potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień jego złożenia, ale mimochodem również,

że stan ten trwa nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne, Kontrolujący stwierdził, że z przedłożonej wraz z aneksem polisy wynika, że W. nie spełniała na dzień składania i otwarcia ofert warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, określonego w SWZ, gdyż na dzień 25 maja 2021 r. wykonawca ten był co prawda ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, jednak na niższą kwotę niż, ta która była wymagana w tym postępowaniu przez Zamawiającego. Na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca powinien był potwierdzić bowiem, że w dalszym ciągu spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 mln zł, a nie wskazywać, że dopiero po upływie terminu składania ofert poczynił starania, aby ten warunek spełnić. Powyższe podważa również prawdziwość treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia, stanowiącego tymczasowy dowód zastępujący wymagany przez Zamawiającego podmiotowy środek dowodowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że art. 125 ust. 1 ustawy Pzp stanowi w szczególności, że do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Ponadto według art. 125 ust. 3 ustawy Pzp – który Zamawiający zdaje się pomijać – oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Dzięki temu, że oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w

postępowaniu lub kryteriów selekcji stanowi tymczasowy dowód zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, wykonawcy nie muszą z góry przedstawiać zamawiającemu całego kompletu dokumentów. Jednocześnie zamawiający jest uwolniony od konieczności weryfikacji podmiotowych środków dowodowych wszystkich wykonawców, zwłaszcza tych, którzy nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia. Wymagane dokumenty składa później jedynie zwycięski oferent (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 274 ust. 1 ustawy Pzp – w zależności od wartości zamówienia).

Podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć jako środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (art. 7 pkt 17 ustawy Pzp). Przez to pojęcie ustawa Pzp rozumie w praktyce określone rodzaje dokumentów, wymienione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp, które odnoszą się do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Sytuacja ta jest bowiem analizowana przez zamawiającego w kontekście spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a także w kontekście podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Do podmiotowych środków dowodowych nie jest zaliczane oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, o niepodleganiu wykluczeniu, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Należy mieć na uwadze, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W świetle art. 57 pkt 2 i art. 112 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego pozytywne warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze

podmiotowym, służące ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, czyli wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

Co do zasady zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia musi być potwierdzona najpóźniej przed wyborem najkorzystniejszej oferty (art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 ustawy Pzp – w zależności od wartości zamówienia). Jeżeli jednak jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może wymagać potwierdzenia zdolności do należytego wykonania zamówienia na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym zwłaszcza na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu (art. 126 ust. 2 lub art. 274 ust. 2 ustawy Pzp – w zależności od wartości zamówienia). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej w interesie instytucji zamawiającej leży, by kandydaci, którzy zostali wybrani w ramach preselekcji, utrzymali swą zdolność ekonomiczną i techniczną w trakcie całego postępowania, ponieważ utrata tej zdolności może zagrażać celowi tego postępowania, którym jest wybór oferenta mogącego zrealizować wspomniane zamówienie [por. wyrok z 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Economico i Infrastrutture e telecomunicazioni per L'Italia SpA (Infratel Italia SpA); ECLI:EU:C:2019:599, pkt 44.]. Wykonawca musi zatem spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania – aż do zawarcia umowy. Dlatego,

jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Brak podstaw wykluczenia musi zatem zachodzić przez cały czas trwania postępowania, a nie tylko na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

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

Wypada przypomnieć, że sformułowanie, aby przedłożone dokumenty lub oświadczenia były „aktualne na dzień ich złożenia” występowało na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. w kontekście instytucji środków dowodowych (uregulowanej w art. 26 ust. 1, 2 i 3), a jego wykładnia pozostaje nadal aktualna. Należy zauważyć bowiem, że mechanizm wprowadzony w motywie 84 i 85 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który znalazł odzwierciedlenie w ww. przepisach, został również uwzględniony w obecnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp.

Urząd Zamówień Publicznych już wówczas stał na stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania winny być

spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.). Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności – adekwatnie do całego toku postępowania.

Pojęcia „aktualności dokumentów” nie należy natomiast utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym.

Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie ma zatem znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny. Wykonawca, pozyskawszy wcześniej wskazane dokumenty, może się nimi posłużyć na wezwanie zamawiającego, o ile oczywiście pozostają aktualne, nie co do daty ich wystawiania, ale co do konkretnych podmiotowych kwestii, wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem [por. opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”; podobnie stanowisko zajmowała również Krajowa Izba Odwoławcza – patrz wyroki wydane: 1 marca 2018 r., KIO 280/18, 25 lutego 2020 r., KIO 294/20, 22 sierpnia 2019 r., KIO 1551/19, 13 marca 2020 r., KIO 430/20].

W obecnym stanie prawnym, podobnie jak w poprzednio obowiązującym, weryfikacja podmiotowa wykonawcy odbywa się na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pierwszym etapie w oparciu o aktualne na moment upływu terminu składania ofert oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W drugim etapie, przed zawarciem umowy, w oparciu o „aktualne na dzień złożenia” podmiotowe środki dowodowe, jeżeli zamawiający wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Istotne jest to, aby stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia istniał nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert do dnia udzielenia zamówienia, czyli zawarcia umowy. Znajduje to potwierdzenie w treści art. 110 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że podmiotowe środki dowodowe składane w wyniku wezwania w trybie art. 126 ust. 1 lub 274 ust. 1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu musi być utrzymany również na moment ich złożenia. Przedłożone w trybie art. 126 ust. 1 lub 274 ust. 2 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w oświadczeniu wstępnym, a przez fakt aktualności na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie, ma charakter ciągły. Tym samym w obecnym stanie prawnym w dalszym ciągu zachowuje aktualność stanowisko, że wykonawca ma spełniać warunki udziału w postępowaniu nieprzerwanie przez cały okres

jego prowadzenia [por. komentarz do art. 126 ustawy Pzp w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, www.uzp.gov.pl]. W konsekwencji konieczne jest, aby środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu (podmiotowe środki dowodowe) były aktualne na dzień ich złożenia, tj. potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili ich złożenia, ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert. Powyższe potwierdza uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 stycznia 2022 r., KIO 3753/21 [którego stosowny fragment został przywołany już w informacji o wyniku kontroli].

Również w doktrynie prezentowany jest pogląd, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert. Stan ten powinien trwać przez cały okres postępowania. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji (jeśli zostały określone) wykonawca do wniosku albo do oferty zobowiązany jest dołączyć oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

W postępowaniu o wartości właściwej dla stosowania art. 126 ustawy Pzp oświadczenie to składane jest na formularzu jednolitego dokumentu. W odpowiedzi na wezwanie dokonywane na podstawie art. 126 ustawy Pzp wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. „Aktualny”, zgodnie z definicją z internetowego Słownika języka polskiego, oznacza „dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym”. Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, mają zatem stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Jednocześnie

powinny potwierdzać, że na dzień ich złożenia stan w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły w stosunku do stanu z dnia złożenia jednolitego dokumentu. Zatem aktualność podmiotowych środków dowodowych nie może być utożsamiana z datą ich wystawienia. Wyraża się w obrazowaniu bieżącej sytuacji wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, która powinna mieć charakter trwały od dnia złożenia oświadczenia na jednolitym dokumencie [komentarz do art. 126 ustawy Pzp w: M. Jaworska red., „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Warszawa 2022, wyd. 3, źródło: SIP Legalis].

Złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być zatem aktualne na dzień ich złożenia, z tym że za aktualny na gruncie tego przepisu należy uznać podmiotowy środek, który potwierdzać będzie: z jednej strony spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili jego złożenia (co nie było kwestionowane w wyniku przeprowadzonej kontroli), a z drugiej strony, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający twierdzi, że nie ma żadnych podstaw prawnych, aby kwestionować na etapie składania ofert prawdziwości oświadczenia składanego przez wykonawcę, dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem dokonanie weryfikacji w tym zakresie możliwe jest w oparciu o przedłożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, które tak jak w niniejszym przypadku mogą dostarczyć Zamawiającemu informacji świadczących o tym, że na moment złożenia oświadczenia wykonawca, wbrew uprzednim zapewnieniom, nie spełniał postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający prezentując swoje stanowisko w zastrzeżeniach wydaje się pomijać okoliczność, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania aż do zawarcia umowy (podobnie brak podstaw wykluczenia musi zachodzić przez cały czas trwania postępowania).

Stąd w okolicznościach skontrolowanego postępowania W., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, powinna przedstawiając podmiotowy środek dowody, że w dalszym ciągu spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 mln zł, a nie wykazywać, zaczęła go spełniać już po upływie terminu składania ofert. W tym przypadku treść przedłożonego podmiotowego środka dowodowego wprost neguje złożone wcześniej oświadczenie wstępne W., że na dzień składania ofert spełnia warunek w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 mln zł.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podzieliła i uznała za własne stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarówno w informacji pokontrolnej, jak i w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Źródło: www.uzp.gov.pl

wPrzetargach.pl

NAJWIĘKSZY INTERNETOWY DZIENNIK O ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH



Aktualności



Orzecznictwo



Opinie prawne



Odpowiedzi na pytania



Komentarze praktyczne



Porady prawne