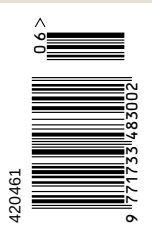


FORUM ZAMAWIAJĄCYCH I WYKONAWCÓW

MONITOR zamówień publicznych

INDEKS 374296 | ISSN 1733-4837 | CZERWIEC 2023 | NUMER 5 (213) | CENA: 99 ZŁ (W TYM 8% VAT)



ZAWIŁOŚCI POSTĘPOWAŃ O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

| **Uwarunkowania prawne i faktyczne** unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 7 Pzp
| **Odwołanie** od postanowień umowy | **Waloryzacja** wynagrodzenia wykonawcy

POLSKI PRODUCENT SIŁOWNI ZEWNĘTRZNYCH



**Kompleksowe realizacje
na terenie całego kraju**

www.trainer.net.pl



Siłownie zewnętrzne Trainer są wyrobami medycznymi, z których należy korzystać zgodnie z instrukcją użytkowania umieszczoną na wyrobie.

TRAINER



**siłownie
zewnętrzne**

52 323 07 12

607 764 394

607 766 301

trainer@trainer.net.pl

Pozytywnie zakręcenii...

Jak z dozą humoru mówi się na ludzi, którzy zajmują się zamówieniami publicznymi? Na takie hasło padło kilkadziesiąt odpowiedzi. Wśród nich: zampy, zamawiacze, zamiatacze, zający, formalisci, biurokraci, szaleńcy, hamulcowi, czepialscy, szczegółarze...

Przy okazji tej internetowej dyskusji niektórzy zamawiacze całkiem serio mówili o swojej pracy. Ktoś napisał, że do działu zamówień publicznych powinni kierować na zsyłkę. Inny, że odgryzłby sobie nogę i uciekł. Realista napisał: *najpierw my poganiamy, wszyscy mają czas, potem zbliża się termin, przekazują dokumenty na ostatnią chwilę i uważają, że to już wszystko i od razu pytają, kiedy podpisujemy umowę. I zaczyna się poganianie: a wisi już? A ile mamy ofert? Głos rozsądku brzmiał: Wypracowałam totalny dystans, robię swoje i wierzę, że kiedyś zostaniemy docenieni. Finansowo też.*

A wiecie, co słyszymy najczęściej w redakcji „Monitora Zamówień Publicznych”? *Kochani ratujcie, bo...* I ratujemy. Nie zawsze publikując na łamach odpowiedź na konkretne pytanie, szczególnie z serii tych pilnych – do zadających pytanie naszych prenumeratorów najczęściej dzwoni współpracujący z nami ekspert i analizują problem. Staramy się też przygotowywać artykuły, które dają szersze spojrzenie na zgłoszony problem i mogą zainteresować – zarówno zamawiających, jak i wykonawców.

Doceniając wątpliwości pytających, ich dociekliwość i zaangażowanie w to, co robią, muszę przyznać, że są to osoby pozytywnie zakręcone na punkcie swojej pracy, wnikliwe i odpowiedzialne. Różnie oceniam ich zwierzchników i oponentów, szczególnie ich wymagania wobec zamawiaczy, ale jak to w życiu bywa, są mądrzy i najmądrzejsi. Ci drudzy nas nie czytają, bo wiedzą lepiej. I co mam dalej napisać? Przyjdzie kryśka na matyska?

Żaden, nawet najpracowitszy zamawiający lub wykonawca nie ma czasu i możliwości, by dokonywać tematycznych analiz interpretacji ustawy – Prawo zamówień publicznych czy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, Sądu Zamówień Publicznych, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, by analizować wyniki kontroli postępowań o zamówienie publiczne. To wszystko, co miesiąc, mają Państwo przygotowane w „pigułce” i podane na łamach.

W najnowszym numerze „Monitora Zamówień Publicznych” radca prawny Grzegorz Józefiak oraz adwokat i radca prawny Grzegorz Mazurek, a także doświadczony zamówieniowiec – prawnik Arkadiusz Szyszkowski analizują zawitości postępowań o zamówienie publiczne. Uwarunkowania prawne i faktyczne unieważnienia postępowań z art. 255 pkt 7 ustawy Pzp krok po kroku wziął na warsztat prawnik Jacek Jerka. Są to artykuły przygotowywane na Państwa zamówienie.

Podjęliśmy również temat – określany przez zamawiaczy jako „śliski” – dotyczący dyscypliny finansów publicznych. Wiadomo, ekspertem w tej sprawie jest Małgorzata Filipek-Orwat, m.in. członek Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości. W każdym numerze „Monitora Zamówień Publicznych” doradza, jak postępować, żeby uniknąć stresu i kosztów związanych z pociągnięciem do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej. Bywa tak, że presja na zamawiających, często odgórna, jest tak duża, że ulegają, działają pod dyktando. Ale odpowiedzialność ciąży na nich, jest imienna i najczęściej bardzo samotna.

Przedstawione powyżej analizy zabrzmiały może trochę pesymistycznie, ale nie jest to cała prawda o środowisku zawodowym zajmującym się zamówieniami publicznymi. Chcecie się przekonać, kto pracuje w zamówieniach publicznych, zadajcie jakieś pytanie, np. na forach internetowych. Otrzymacie natychmiast kilkanaście odpowiedzi – porad. Bardzo różnych, często nawet sprzecznych, wykluczających się interpretacji, ale udzielonych z życzliwością dla pytającego. I ktoś powinien wtedy wziąć imienną odpowiedzialność za interpretację przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych na swoje barki. Wesprzeć się orzecznictwem, opiniami prawnymi, komentarzami do ustawy. Podać wspomnianą już „pigułkę”, która poszerzy wiedzę, doda pewności siebie. Taką rolę, jako czasopismo branżowe, staramy się odgrywać. Tak widzimy nasze posłannictwo, choć nie zawsze o wszystkim piszemy w zasadniczym tonie.

Przeczytajcie, proszę, *Z notatnika pełnomocnika* – umiemy się troszkę z siebie pośmiać, bo też jesteśmy pozytywnie zakręcenii.

Elżbieta Cierlica
redaktor naczelna MZP

AKTUALNOŚCI

- 6 Będą utrudnienia w sprawie publikacji europejskich ogłoszeń
- 6 Innowacyjna społecznościowa platforma nabywców publicznych
- 6 Bariery w dostępie do rynków zamówień publicznych państw trzecich

» TEMAT NUMERU: ZAWIŁOŚCI POSTĘPOWAŃ O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

- 7 Zamówienia mieszane
Grzegorz Józefiak
- 11 Gdy wykonawca oferuje cenę zero złotych
Grzegorz Mazurek
- 14 Dokumenty składane przez wykonawców [1]
Arkadiusz Szyszkowski

ZDANIEM EKSPERTA

- 17 Uwarunkowania prawne i faktyczne unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych
Jacek Jerka

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

- 22 Skutki braku kontroli zarządczej
Małgorzata Filipek-Orwat

JAK UDZIELAĆ ZAMÓWIEŃ

- 26 Warunki udziału w postępowaniu o mieszanym przedmiocie zamówienia
Konrad Różowicz

JAK WYGRAĆ PRZETARG

- 29 Odwołanie od postanowień umowy
Małgorzata Gołyńska-Minkiewicz

TRUDNE INTERPRETACJE PZP

- 34 Czy zamawiający ma możliwość przekazania zamówienia podwykonawcy?
Adam Radomski

ZAMÓWIENIA NA ROBOTY BUDOWLANE

- 37 Przepisy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia

KONTROLA PREZESA UZP

- 41 Opieka nad zmarłymi w trybie z wolnej ręki

Z ORZECZNICTWA KIO

- 46 Wyroki na SzuKIO.pl/ciekawe

Z NOTATNIKA PEŁNOMOCNIKA

- 51 Kto na tym stracił?
Martyna Lubieniecka

FORUM ZAMAWIAJĄCYCH I WYKONAWCÓW

- 54 Na pytania Czytelników odpowiada Józef Edmund Nowicki

MONITOR zamówień publicznych

WYDAWCA & REDAKCJA

Forum Media Polska Sp. z o.o.
ul. Polska 13,
60-595 Poznań
Sąd Rejonowy Nowe Miasto i Wilda
w Poznaniu
VIII Wydział Gospodarczy KRS
KRS nr 0000037307,
NIP 781-15-51-223
Kapitał zakładowy: 300 000 zł

PREZES ZARZĄDU

Magdalena Balańska

CZŁONEK ZARZĄDU

Paulina Hinz-Zurowska

CZŁONEK ZARZĄDU

Radosław Lewandowski

DYREKTOR WYDAWNICZA I ROZWOJU

Edyta Żmuda

REDAKTOR NACZELNA

Elżbieta Cierlica, cierlicazp@o2.pl

SEKRETARZ REDAKCJI

Marlena Fiedorow
tel. 61 66 83 105,
marlena.fiedorow@forum-media.pl

WSPÓŁPRACOWNICY

Małgorzata Gołyńska-Minkiewicz,
Andrzej Gawrońska-Baran, Małgorzata Filipek-Orwat,
Jacek Jerka, Marcin Kalmus,
Grzegorz Mazurek, Monika Zwolińska,
Grzegorz Józefowicz, Józef Edmund Nowicki,
Kamil Magier, Martyna Lubieniecka,
Konrad Różowicz, Arkadiusz Szyszkowski,
Ewa Wiktorowska, Piotr Wiśniewski

BIURO REKLAMY

Marlena Fiedorow, tel. 61 66 83 105,
marlena.fiedorow@forum-media.pl

PROMOCJA

Sylvia Brzostowicz, tel. 61 66 55 726

OBŚŁUGA KLIENTA I PRENUMERATA

tel. 61 66 55 800, e-mail: bok@forum-media.pl

KOORDYNATOR WYDAWNICZY

Adrian Sprysak

NADZÓR GRAFICZNY

Maria Podemska

SKŁAD I DTP

Graphics & Design
Marcin Ziółkowski

NAKLAD

4500 egz.

DRUK

Poligrafia Janusz Nowak

SERWISY ZDJĘCIOWE

Adobe Stock,
Shutterstock

KANCELARIA ADWOKACKA	ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
Prawo cywilne i gospodarcze	Przygotowanie postępowań – Specyfikacja Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia
Prawo karne i karno skarbowe – ochrona przed nadużyciami	Badanie i ocena ofert – pomoc i opiniowanie oraz obrona rozstrzygnięcia
Dochodzenie kar umownych, wykonanie umów, rozliczenia	Zamawiający – zapewnienie dobrego zakupu i przestrzegania prawa
Obsługa jednostek publicznych	Przedsiębiorcy – ochrona praw wykonawców
Prawo administracyjne	Środki ochrony prawnej – pełen zakres
Prawo pracy	Dyscyplina finansów publicznych, korekty finansowe
Prawo konkurencji	Prawidłowa realizacja umowy

MEC. GRZEGORZ MAZUREK

Adwokat i radca prawny. Obecnie członek zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych. Wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2007–2009, arbiter i obserwator z listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w latach 2004–2007. Praktykę zamówień publicznych zdobywał również jako sekretarz i przewodniczący komisji przetargowej. Wykładowca Podyplomowych Studiów Zapobiegania Przestępczości Gospodarczej, Skarbowej i Przeciwno Mieniu na WPIA Uniwersytetu Warszawskiego, studiów podyplomowych Szkoły Głównej Handlowej, SGGW. Posiada praktyczne doświadczenia na wszelkich rodzajach postępowań przetargowych oraz prowadzi postępowania sądowe – gospodarcze, cywilne (należyte wykonanie umów), karne i z zakresu dyscypliny finansów publicznych – dotyczące wydatkowania środków publicznych.

ADW. JAKUB RUDNICKI

Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, wpisany na listę adwokatów Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie. Współautor komentarzy do ustawy Prawo zamówień publicznych. Posiada 10-letnie doświadczenie w obsłudze prawnej przedsiębiorców w zakresie prawa gospodarczego i prawa zamówień publicznych. Specjalizuje się w realizacji sporów sądowych oraz mediacji w zakresie kar umownych oraz waloryzacji umów.

KONTAKT

**MAZUREK RUDNICKI
ADWOKACKA SPÓŁKA PARTNERSKA
KANCELARIA ADWOKACKA
I ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH**

ul. Grójecka 194 lok. 188,
02-390 Warszawa
tel./fax: +48 22 305 36 55,
+48 22 603 436 259, 793 493 312
e-mail:
biuro@kancelariamazurek.pl

WWW.KANCELARIAMAZUREK.PL



Będą utrudnienia w sprawie publikacji europejskich ogłoszeń

Rozporządzenie wykonawcze Komisji Europejskiej (KE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. – ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (e-formularze) (Urz. UE L 272 z 25.10.2019,7) w zakresie standardowych formularzy ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – zostało zmienione.

Zmiana ta oznacza, że:

- od dnia 25 października 2023 roku obowiązek publikacji ogłoszeń będzie wyłącznie poprzez eNotice2 zgodnie z nowymi standardowymi e-formularzami;
- nie będzie możliwości korzystania z obecnie udostępnionych formularzy unijnych w tym zakresie, zarówno bezpośrednio poprzez usługę eNotice, jak i z wykorzystaniem usług oferowanych w tym zakresie przez eSendery.

Ponadto publikacja kolejnych ogłoszeń do wszczęcia już postępowania, w którym opublikowano ogłoszenia na obecnych formularzach, będzie realizowana tylko z użyciem nowych formularzy. Będzie to możliwe dzięki konwerterowi udostępnionemu w eNotice2 lub w usłudze innego eSendera, która dostosuje się do tej zmiany.

WAŻNE

Czas na wdrożenie stosownych wytycznych technicznych umożliwiających przygotowanie do wejścia w życie obowiązku stosowania nowych formularzy oraz dostosowanie się eSendery od momentu wydania ich przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej jest krótki. Powstaje więc ryzyko w przypadku eSendery, że mogą nie być gotowe na zmiany (nowe formularze i konwerter) w wymaganym terminie wynikającym z ww. rozporządzenia.

Informując o tym, Urząd Zamówień Publicznych zwraca uwagę wszystkim zamawiającym, aby zweryfikowali tę kwestię u swoich dostawców usługi eSendera. Ponadto z uwagi na zakres prac dostosowawczych usługa eSendera udostępniona na Platformie e-Zamówienia nie będzie gotowa na tę zmianę w terminie 25 października 2023 roku.

Mając na uwadze powyższe, UZP rekomenduje, aby dla nowo wszczynanych postępowań unijnych przed 25 października ogłoszenia unijne przygotowywać i przysyłać do publikacji za pośrednictwem usługi eNotice, chyba że otrzymają Państwo potwierdzenie od eSendery, z których Państwo korzystają, o ich dostosowaniu do nowego stanu prawnego na 25 października 2023 roku.

Innowacyjna społecznościowa platforma nabywców publicznych

Komisja Europejska uruchomiła cyfrową platformę ds. zamówień publicznych – *Public Buyers Community Platform*, której celem jest umożliwienie współpracy i wymiany informacji między nabywcami publicznymi w Unii Europejskiej.

Platforma ma na celu budowanie społeczności nabywców publicznych, którzy są zaangażowani w poprawę efektywności procesów zamówień publicznych, ponieważ efektywne, dobrze zarządzane zamówienia publiczne mogą odegrać istotną rolę w stworzeniu bardziej innowacyjnej, zrównoważonej i sprzyjającej włączeniu społecznemu gospodarki Unii Europejskiej. Uruchomienie Platformy jest ważnym krokiem w kierunku osiągnięcia celów Komisji Europejskiej, jakimi są promowanie przejrzystości, uczciwości i konkurencji w obszarze zamówień publicznych.

Bariery w dostępie do rynków zamówień publicznych państw trzecich

Na podstawie rozporządzenia (UE) 2022/1031 Instrument Zamówień Międzynarodowych strony mające w tym interes mogą wnieść do Komisji skargę z zarzutami dotyczącymi środków lub praktyk stosowanych przez państwa trzecie – ograniczających dostęp do zamówień publicznych tych państw – za pośrednictwem narzędzia internetowego (formularza) udostępnionego na stronie internetowej Komisji: https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/contact-form?type=COMPL_IPI.

Skargi z uzasadnieniem mogą dotyczyć stosowania w państwach trzecich ograniczeń w dostępie do zamówień państw trzecich, szczególnie w postaci:

- wymagań, by przynajmniej część oferty obejmowała towary lub usługi o określonym pochodzeniu,
- systemów preferencji cenowych faworyzujących krajowych oferentów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego,
- prawnego ograniczenia/zakazu udziału zagranicznych oferentów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych, IZM), które weszło w życie 29 sierpnia 2022 roku, zawiera regulacje mające służyć usuwaniu barier w dostępie do zamówień w państwach trzecich dla wykonawców, towarów i usług pochodzących z UE i niedyskryminacyjnemu ich traktowaniu.

Oprac. ECA

Zamówienia mieszane

ZAMAWIAJĄCY BARDZO CZĘSTO UDZIELAJĄ ZAMÓWIEŃ, KTÓRE STANOWIĄ SWOISTĄ MIESZANKĘ RÓŻNEGO RODZAJU DOSTAW, USŁUG LUB ROBÓT BUDOWLANYCH. PRAWIDŁOWA KLASYFIKACJA TAKIEGO ZAMÓWIENIA MA NIEBAGATELNE ZNACZENIE DLA PRAWIDŁOWEGO ZASTOSOWANIA USTAWY Z DNIA 11 WRZEŚNIA 2019 R. – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. OD TEGO BOWIEM, JAK BĘDZIE UDZIELONE ZAMÓWIENIE (JAKO DOSTAWA, USŁUGA CZY ROBOTY BUDOWLANE), ZALEŻY, KTÓRE PRZEPISY PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ZNAJDĄ ZASTOSOWANIE.

**Grzegorz Józefiak**

Radca prawny, ekspert z zakresu Prawa zamówień publicznych oraz realizacji inwestycji infrastrukturalnych.



Kluczowe przepisy

Problematyka zamówień mieszanych została przez ustawodawcę uregulowana w **art. 24–27 ustawy Pzp**. Trzeba jednak zaznaczyć, że **art. 24–26 ustawy Pzp** dotyczą głównie zamówień mieszanych, do których stosuje się zupełnie różne przepisy ustawy, np. zamówień mieszanych w dziedzinie obronności z zamówieniami klasycznymi. W tym przypadku różnice w stosowanych przepisach są diametralnie różne i właściwa klasyfikacja zamówienia będzie miała istotny wpływ na samą procedurę udzielania zamówienia.

Mając jednak na uwadze, że ta problematyka dotyczy wąskiej grupy zamawiających, w tym artykule nie będzie ona przedmiotem dalszych rozważań. Zamiast tego skupię się na wyjaśnieniu prawidłowego zastosowania art. 27 ustawy Pzp, który dotyczy zamówień mieszanych obejmujących dostawy, usługi lub roboty budowlane, gdyż praktycznie każdy zamawiający w bieżącej działalności spotyka się z tym problemem. Trzeba bowiem pamiętać, że:

WAŻNE

ustalenie, czy mamy do czynienia z dostawą, z usługą, czy z robotami budowlanymi, niesie szczególne konsekwencje w zakresie ogłoszenia zamówienia w poprawnym publikatorze.

Przypomnieć trzeba, że np. zamówienia na roboty budowlane mają o wiele większy tzw. próg unijny, tj. kwotę, od której ogłoszenie należy przekazać do publikacji do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Z kolei brak właściwego ogłoszenia może stanowić podstawę unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania, a w zakresie zamówienia dofinansowanego ze środków zewnętrznych – do nałożenia na zamawiającego korekty finansowej nawet do 100% wartości wydatków kwalifikowalnych. Zatem, udzielając każdego zamówienia, zamawiający powinien szczegółowo przeanalizować jego zakres rzeczowy, a także cel tego zamówienia, aby móc je prawidłowo zakwalifikować.



DEFINICJA ROBÓT BUDOWLANYCH ZAWARTA W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH JEST DEFINICJĄ AUTONOMICZNĄ, KTÓRA DOTYCZY WYŁĄCZNIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO I NIE MOŻE BYĆ PRZENOSZONA NA GRUNT INNYCH PRZEPISÓW.

Podstawowe definicje

Warto wskazać, że przed ustaleniem, jakie przepisy stosować do zamówienia mieszanego, zgodnie z art. 27 ustawy Pzp zamawiający powinien najpierw ustalić, jakie znaczenie nadać poszczególnym zamówieniom, które się na nie składają. Trzeba bowiem pamiętać, że w ustawie – Prawo zamówień publicznych znajdują się legalne definicje dostaw, usług oraz robót budowlanych. Poniżej postaram się omówić każde z tych pojęć.

Zgodnie z **art. 7 pkt 4 ustawy Pzp** (dostawy): *Ilekoć w niniejszej ustawie jest mowa o dostawach – należy przez to rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.*

Często się zdarza, że zamawiający zapominają o końcowym fragmencie tej definicji i wszelkie prace instalacyjne traktują jako odrębne zamówienie lub właśnie część zamówienia mieszanego, co jest praktyką błędną.

WAŻNE

Udzielając zamówienia na dostawy, należy pamiętać, że ich instalacja zawsze będzie elementem tego zamówienia, który należy uwzględnić przy szacowaniu wartości zamówienia, a który z kolei nie będzie miał wpływu na inną jego klasyfikację.

W kontekście robót budowlanych należy wskazać, że zgodnie z **art. 7 pkt 21 ustawy Pzp**:

WAŻNE

Ilekoć w niniejszej ustawie jest mowa o robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia [WE] nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) [Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.], zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zaznaczenia wymaga, że w przeciwieństwie do definicji dostaw pojęcie robót budowlanych ma kazuistyczny charakter. W przypadku robót konieczne jest bowiem sięgnięcie

do rozbudowanych wykazów i przyporządkowanie do nich planowanego zamówienia.

Co również istotne, definicja robót budowlanych zawarta w Prawie zamówień publicznych jest definicją autonomiczną, która dotyczy wyłącznie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie może być przenoszona na grunt innych przepisów, szczególnie szeroko rozumianego Prawa budowlanego lub prawa cywilnego.

WAŻNE

Nie należy również zapominać, że przyjęcie definicji autonomicznej – odrębnej dla postępowania o udzielenie zamówienia – nie oznacza, że zamawiający, chcąc przeprowadzić proces inwestycyjny, będzie zwolniony z dokonania czynności z zakresu Prawa budowlanego, o ile przepisy prawa wymagają od inwestora podjęcia określonych czynności¹.

Zaznaczenia wymaga, że obowiązki, jakie nakładane są na inwestorów przez przepisy Prawa budowlanego, są czasem błędnie odczytywane przez organy rozstrzygające o prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładowo w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2019 r. (sygn. akt: KIO/KD 75/19) wskazano, że: [...] *Równocześnie zamawiający błędnie wskazywał, że kwalifikując zamówienie jako usługę kierował się wartością głównej części zamówienia, tj. zakupem oraz montażem paneli fotowoltaicznych. Po pierwsze, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczy zawsze sytuacji, kiedy przepisy powszechnie obowiązującego prawa kwalifikują przedmiot zamówienia jako roboty budowlane. Fakt, że konkretna praca jest montażem ele-*



UDZIELAJĄC KAŻDEGO ZAMÓWIENIA,
ZAMAWIAJĄCY POWINIEN
SZCZEGÓŁOWO PRZEANALIZOWAĆ
JEGO ZAKRES RZECZOWY, A TAKŻE
CEL TEGO ZAMÓWIENIA, ABY MÓC JE
PRAWIDŁOWO ZAKWALIFIKOWAĆ.

mentu, nie oznacza, że nie jest robotami budowlanymi, jeśli podlega prawu budowlanemu. Zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.) przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Stosownie do art. 2 pkt 8 ustawy Pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

WAŻNE

Jak można zauważyć, Krajowa Izba Odwoławcza w powyższej uchwale błędnie postawiła znak równości między robotami budowlanymi – w rozumieniu, jakie nadawały im poszczególne ustawy o zamówieniach publicznych – a robotami budowlanymi w rozumieniu przepisów budowlanych.



STOSOWNIE DO ART. 2 PKT 8 USTAWY
PZP PRZEZ ROBOTY BUDOWLANE
NALEŻY ROZUMIEĆ WYKONANIE ALBO
ZAPROJEKTOWANIE I WYKONANIE ROBÓT
BUDOWLANYCH OKREŚLONYCH
W PRZEPISACH WYDANYCH NA PODSTAWIE
ART. 2C LUB OBIEKTU BUDOWLANEGO,
A TAKŻE REALIZACJĘ OBIEKTU
BUDOWLANEGO, ZA POMOCĄ
DOWOLNYCH ŚRODKÓW, ZGODNIE
Z WYMAGANIAMI OKREŚLONYMI PRZEZ
ZAMAWIAJĄCEGO.

Moim zdaniem, taka interpretacja jest nieuzasadniona, dopiero bowiem określone wykazy robót budowlanych wskazane w Prawie zamówień publicznych lub poprzednio obowiązujących aktach prawnych w tej materii określały, co można uznać za roboty budowlane. Zatem zamawiający, ustalając każdorazowo, czy ma do czynienia z robotami budowlanymi, nie może posil-kować się wyłącznie definicjami znajdującymi się w przepisach Prawa budowlanego lub koniecznością uzyskania pozwolenia na budowę. Tylko wykaz robót budowlanych znajdujący się w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE będzie stanowić o tym, z jakiego rodzaju zamówieniem zamawiający ma do czynienia.

Na koniec wyliczenia należy również wskazać na definicję usług, która sprawia najmniej problemów zamawiającym ze względu na jej specyficzny charakter. **Zgodnie z art. 7 pkt 8 ustawy Pzp: *Illekoć w niniejszej ustawie jest mowa o: usługach – należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami. Jak wskazuje Małgorzata Stachowiak: Definicja usług ma charakter negatywny – usługami będą bowiem wszelkie***



CEL, KTÓRY CHCE OSIĄGNĄĆ
ZAMAWIAJĄCY, MA KLUCZOWE
ZNACZENIE DLA USTALENIA, JAKIE
PRZEPISY PRAWA ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH NALEŻY STOSOWAĆ.

świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Tak skonstruowana definicja odpowiada duchowi prawa wspólnotowego, gdyż pojęcie zamówień publicznych na usługi podobnie określono w dyrektywach 2014/24/UE oraz 2014/25/UE – zamówieniami na usługi są zamówienia publiczne inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług².

Wykładnia art. 27 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp: Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.

Z kolei stosownie do treści art. 27 ust. 2 ustawy Pzp: Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie:

- 1) usługi i dostawy lub
- 2) usługi i usługi społeczne oraz inne szczególne usługi

– główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa.

WAŻNE

Należy zwrócić uwagę na istotną różnicę między oboma przepisami, która sprowadza się do „mieszania” ze sobą dostaw i usług albo dostaw lub usług z robotami budowlanymi.

W pierwszym przypadku szacowanie zamówień mieszanych nie powoduje praktycznie żadnych problemów. Zamawiający musi po prostu dokonać odrębnego szacowania wartości poszczególnych usług oraz dostaw i ustalić, która z tych wartości jest wyższa.

Problem może się jednak pojawić w sytuacji, gdy zamówienie zawiera w sobie roboty budowlane i dostawy lub usługi. W tym przypadku konieczne jest spojrzenie na główny przedmiot zamówienia. Jak wskazuje Małgorzata Stachowiak: *[...] Dla ustalenia, który z przedmiotów jest głównym, znaczenie będzie miał przede wszystkim cel udzielanego zamówienia, np. jeżeli*

główna potrzeba zamawiającego zaspokajana jest przez pozyskanie obiektu budowlanego, to głównym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zaś dostawy materiałów i urządzeń podlegających wbudowaniu w ramach wykonywanych prac mają charakter pomocniczy.

WAŻNE

Główny przedmiot zamówienia nie musi być tą częścią zamówienia, która ma najwyższą wartość – ustalenie wartości poszczególnych rodzajów zamówienia nie jest niezbędne do rozstrzygnięcia o tym, które przepisy (regulujące udzielanie poszczególnych rodzajów zamówień) będą miały zastosowanie.

Możliwa jest sytuacja, gdy świadczenia pomocnicze, towarzyszące z punktu widzenia celu realizacji danego przedsięwzięcia mają wartość wyższą niż świadczenie główne. Jednocześnie jednak oszacowanie wartości poszczególnych świadczeń może być jednym z elementów branych pod uwagę przy kwalifikacji³.

Jak z tego wynika, zamawiający nie może w tej sytuacji patrzeć jedynie na wartość szacunkową poszczególnych dostaw lub usług oraz robót budowlanych. Dopiero cel, który chce osiągnąć zamawiający, ma kluczowe znaczenie dla ustalenia, jakie przepisy Prawa zamówień publicznych należy stosować. Najlepszym przykładem będzie tutaj wykonanie instalacji fotowoltaicznych, które każdorazowo należy kwalifikować do dostaw. Jak słusznie bowiem wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 12 maja 2016 r. (sygn. akt: II GSK 70/15): *[...] nie budzi wątpliwości, że roboty budowlane związane z instalacją kolektorów słonecznych są świadczeniami mającymi – przy ich dostawie – charakter uboczny, dodatkowy, roboty te służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia poprzez jego instalację. Instalacja stanowi, co prawda, element niezbędny do uruchomienia urządzenia, ale sama nie tworzy odrębnego celu zamówienia.*

Mając na uwadze powyższe rozważania, klasyfikacja zamówień mieszanych powinna przebiegać dwuetapowo. Po pierwsze, zamawiający powinien ustalić, czym są (dostawą, usługą lub robotami budowlanymi) poszczególne składniki zamówienia. Po drugie, zamawiający powinien prawidłowo zastosować **art. 27 ustawy Pzp**, a w zależności od powyższych składników zamówienia skupić się albo na głównym przedmiocie zamówienia, rozumianym jako cel tego zamówienia (**art. 27 ust. 1 ustawy Pzp**), albo na wartości szacunkowej zamówienia (**art. 27 ust. 2 ustawy Pzp**). ◀

Przypis:

¹ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 7.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, art. 27.

Gdy wykonawca oferuje cenę zero złotych

W NIEKTÓRYCH POSTĘPOWANIACH O UDZIELENIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH DOCHODZI DO SYTUACJI POLEGAJĄCYCH NA OFEROWANIU CEN SYMBOLICZNYCH. NA PRZYKŁAD DOTYCZY TO ZAMÓWIEŃ NA BILETY LOTNICZE, GDY WYKONAWCY SKŁADAJĄ CENY PROWIZJI SYMBOLICZNIE, NP. 0,01 ZŁ [1 GROSZ]. ZDARZA SIĘ RÓWNIEŻ, ŻE W OFERTACH ZNAJDUJĄ SIĘ CENY 0,00 ZŁ.



Grzegorz Mazurek

Adwokat i radca prawny specjalizujący się w zamówieniach publicznych oraz prawie karnym i gospodarczym, były wiceprezes KIO, wykładowca na studiach podyplomowych na Wydziale Prawa i Administracji UW.



I nna sytuacja jest w odniesieniu do ceny jednostkowej (jednej z wielu cen w kosztorysie), a inna – gdy taka cena odnosić się będzie do ceny całkowitej. W jaki sposób traktowane są takie przypadki w orzecznictwie i czy prowadzi to do odrzucenia oferty?

Zgodność oferty z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia

Przechodząc do omówienia tego tematu, rozpocząć należy od analizy kwestii zawarcia w ofercie ceny „0,00 zł”. Jako kwestie podlegające ocenie rozpoznawane były ewentualne podstawy odrzucenia oferty, dotyczące:

- niezgodności treści oferty z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia (specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ustawie – Prawo zamówień publicznych z 2004 r.),
- niezgodności oferty z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Przykład 1. Cena jednostkowa w wysokości 0,00 zł – zamówienie złożone z różnych elementów

W sytuacji gdy zamówienie jest złożone z różnych elementów, a wykonawca wykazał, że oszacował cenę całkowitą

na takim poziomie, który uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia, łącznie z tymi wycenionymi w formularzu ofertowym na 0,00 zł. **Krajowa Izba Odwoławcza uznała wycenę ceny jednostkowej w wysokości 0,00 zł za poprawną.**

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2021 r. (sygn. akt: KIO 3349/21, KIO 3381/21):

Izba nie podzieliła stanowiska M., iż ceną oferty jest cena za poszczególny rodzaj wydruku. Twierdzenie to jest sprzeczne z postanowieniami SWZ przygotowanej dla postępowania przez Zamawiającego.

WAŻNE

Dopuszczalność wyceny przez wykonawcę pewnego elementu zamówienia na 0 zł należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, mając na uwadze treść postanowień SWZ oraz charakter zamówienia.

W kontekście niniejszego postępowania nie można bowiem uznać, iż usługa wydruku kolorowego nie została wyceniona i nie będzie rozliczana. Zgodnie z postanowieniami SWZ ceną oferty jest cena łączna za oba rodzaje wydruków. [...] Przy czym cena ofertowa musi obejmować wszystkie koszty i składniki niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia w sposób kompletny i w pełnym zakresie, [...]. Zamawiający w SWZ nie zakazał wyceny pozycji na 0 zł. Zamawiający [...] nie określił wymogów dotyczących minimalnej ceny za wydruk, nie ustanowił też żadnych ograniczeń w tej mierze, w tym zakazu wyceny na kwotę równą 0 PLN.

[...] zgodnie z wyjaśnieniami A. skalkulował on cenę całkowitą tak, by mieścić się w niej wspomniany wydruk w kolorze, tak więc nie można stwierdzić, iż usługa w tym zakresie jest przedmiotem darowizny czy też jest nieodpłatna, a tym samym narusza przepisy ustawy Pzp. Jak zostało stwierdzone wyżej, Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zawarł żadnego postanowienia, które zabraniałoby wprost bądź pośrednio wyceny wydruku na 0 PLN.

Przykład 2. Zgodność treści oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 259/19):

[...] Rozpoznając przedmiotową sprawę należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przewidziane w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp odrzucenie oferty, skutkuje wyeliminowaniem tej oferty z postępowania i przekreśleniem szans wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy



WSKAZANIE KWOTY 0 ZŁ STANOWI WYCENĘ DANEJ POZYCJI W PRZECIWIEŃSTWIE DO BRAKU PODANIA JAKIEJKOLWIEK WARTOŚCI LICZBOWEJ, KTÓRY NALEŻAŁOBY UZNAĆ ZA BRAK WYCENY,

zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym, niezgodność ta nie może być domniemywana lub wyinterpretowywana z postanowień oferty lub SIWZ, zwłaszcza zaś nie może być domniemywana lub wyinterpretowywana na niekorzyść wykonawcy.

Odnosząc to do przedmiotowej sprawy, należy zatem zauważyć, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia analizowanej przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt: KIO 259/1914) zamawiający:

- nie zakazał wyceny pozycji na 0 zł,
- nie nakazał stosowania do wyceny wyłącznie cen dodatnich,
- nie zastrzegł, że wycena danej pozycji na 0 zł skutkować będzie odrzuceniem oferty,
- nie zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innej pozycji kosztorysu ofertowego.

W tej sytuacji nie można stwierdzić, że oferta przystępującego z powodu wpisania w kilku pozycjach kosztorysu ceny 0 zł lub rozbicia ceny na różne pozycje, jest niezgodna z jakimkolwiek postanowieniem SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła więc uwagę na kwestię braku zakazu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferowania cen jednostkowych 0,00 zł, co – w jej ocenie – umożliwiło złożenie niektórych cen jednostkowych w tej wysokości.

Przykład 3. Wycena materiałów wzorcowych za 0,00 zł:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 2037/20):

[...] Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że BIOMEDICO nie zaoferował zamawiającemu w pozycji 16 wzorcowych próbek do czytnika z pozycji 15. Przede wszystkim Izba nie miała wątpliwości, że odwołujący złożył zamawiającemu ofertę w tej pozycji. W odpowiedzi na opis wymagań zamawiającego uzupełnił kolumny liczby sztuk oraz pozycji kosztowych przez wpisanie odpowiednio: 2 sztuk i kwoty 0,00 zł. Przyczyny tego stanu rzeczy wyjaśnił zamawiającemu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia te Izba uznała

za przekonujące. Jeśli wykonawca próbówki wzorcowe oferuje wraz z analizatorem, nie jest zobowiązany do ich odrębnej wyceny, ich koszt jest w takim przypadku ujęty w cenie analizatora. Jeśli próbówki nie stanowią odrębnej pozycji katalogowej, niezasadnym jest oczekiwanie odwołującego, że dokona ich opisu na takich samych zasadach, jak produktu z oferty katalogowej. Wykonawca wprawdzie może w tym zakresie złożyć oświadczenie własne, jednak jego brak nie jest wystarczającym powodem do odrzucenia oferty.

Kwestia dotyczyła oceny, czy elementy dodatkowe zestawu mogły być ujęte w zestawie startowym i czy ich wartość mogła wynosić 0,00 zł – Krajowa Izba Odwoławcza wskazała wprost, że próbki wzorcowe wraz z analizatorem nie muszą podlegać odrębnej wycenie.

Zgodność oferty z ustawą – Prawo zamówień publicznych

Przykład 4. Ustalenie zgodności oferty z ustawą – Prawo zamówień publicznych

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1395/13):

[...] W pierwszej kolejności należy zauważyć, że dokonana przez Przystępującego wycena spornej opcji w ramach ceny P2 poprzez 0 zł, w ocenie Izby, nie narusza przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, gdyż odnosi się nie do całej oferty, lecz jedynie fragmentu opcjonalnego. Nie mamy więc do czynienia z brakiem podania ceny oferty o nominale 0 zł. Podobnie w uchwale z dnia 30 listopada 2010 r. (sygn. akt: KIO/KD 93/10) Krajowa Izba Odwoławcza uznaje podobną sytuację jako dopuszczalną: [...] Jedynie w przypadku, gdyby zamawiający, oprócz cen jednostkowych, żądał podania również ceny całkowitej usługi, która zostałaby wyrażona w jednostkach pieniężnych, wówczas wykonawca mógłby (w tak sporządzonym kosztorysie) przyjąć, jako element kalkulacyjny w niektórych pozycjach wartość 0, ujmując rzeczywiste koszty ponoszone na dany zakres świadczenia w elemencie kalkulacji całkowitej ceny oferty. [...]

Dodatkowo, Izba przytacza wyrok z dnia 22.04.2010 r., sygn. akt: KIO 496/10: „Wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty 0 zł jest jej wyceną. 0 jest liczbą występującą w matematyce europejskiej co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną. Symbolowi 0 przypisana jest więc konkretna wartość liczbową. Wskazanie kwoty 0 zł stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę 0 zł wykonawca wskazał, jaką wartość dla niego przedstawia.

Przykład 5. Cena 0,00 zł w ofercie jako czyn nieuczciwej konkurencji

Należy zauważyć, że nie zawsze ceny 0,00 zł są uznawane za dopuszczalne. Jako przykład można wskazać sytuację,

w której uznano, że złożenie ceny 0,00 zł jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 stycznia 2021 r. (sygn. akt: XII Ga 883/20):

Skarżący ograniczyli się jedynie do twierdzenia, iż zaoferowanie ceny 0 zł było zasadne i rynkowe, nie przedstawiając na jego poparcie żadnych dowodów w celu wykazania, że zaoferowana cena składowa była realna i uwzględniła wszystkie koszty związane z realizacją świadczenia. Skarżący nie przejawili żadnej aktywności dowodowej celem wykazania możliwości wykonania wspomnianej usługi za cenę 0 zł.

WAŻNE

Złożenie oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów, a na gruncie niniejszej sprawy twierdzenie, że cena 0 zł nie pokrywa żadnych kosztów realizacji zamówienia jest w pełni uzasadnione – stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zaoferowanie ceny 0 zł za wykonanie usługi dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej zmierzało w istocie do uzyskania wyższej punktacji w jednym z kryteriów ocen ofert i stanowiło przykład manipulacji ceną jednostkową, która stanowiła odrębne kryterium oceny ofert. Wykonawcy nie wyjaśnili, w jaki sposób możliwe jest zaoferowanie ceny 0 zł za świadczenie usług, które w pierwszej kolejności muszą zostać przez nich wykupione u podmiotu trzeciego.

WAŻNE

Z wyroku tego wynika, że sytuację, w której cena 0,00 zł wpływa istotnie na ocenę w zakresie kryteriów oceny ofert i jednocześnie nie pokrywa żadnych kosztów realizacji zamówienia, należy ocenić jako czyn nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji taka oferta podlega odrzuceniu.

Podsumowanie

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że o ile w niektórych okolicznościach dopuszczalne jest oferowanie ceny 0,00 zł w ramach cen jednostkowych (szczególnie przy braku zakazu takiej praktyki w specyfikacji warunków zamówienia), to jednak oferowanie takiej ceny w ramach ceny całkowitej byłoby ryzykowne, ponieważ wpływałoby istotnie na przyznanie punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Takie sytuacje należy oceniać indywidualnie, mając na względzie podstawowe zasady dotyczące zamówień publicznych – uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. ◀

Dokumenty składane przez wykonawców [1]

WYKONAWCY W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA SKŁADAJĄ RÓŻNE DOKUMENTY. BYWAJĄ POSTĘPOWANIA, W KTÓRYCH ICH LICZBA JEST POKAŻNA, ALE SĄ TEŻ TAKIE, W KTÓRYCH JEST ICH NIEWIELE. DODATKOWO O NIEZNACZNEJ WIELKOŚCI [LICZBA STRON, NIE ZAŚ LICZBA KILOBAJTÓW CZY MEGABAJTÓW].



Arkadiusz Szyszkowski

Prawnik, były pracownik Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych, autor licznych publikacji na temat zamówień publicznych, w tym komentarzy do ustawy – Prawo zamówień publicznych. Obecnie pracownik administracji państwowej.



Uczestnicy postępowania najczęściej posługują się dychotomicznym, narzuconym przez ustawę – Prawo zamówień publicznych podziałem na przedmiotowe i podmiotowe środki dowodowe. Ten podział jest oczywiście bardzo istotny, jednak nie wyczerpuje wszystkich rodzajów dokumentów występujących w postępowaniu. Ponieważ komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym m.in. przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, co do zasady, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (**art. 61 ust. 1 ustawy Pzp**), jako dokument należy rozumieć przede wszystkim plik elektroniczny.

Czym jest dokument?

Dla postronnego obserwatora wszystkie pliki (dokumenty) dostarczane przez wykonawcę w postępowaniu składają się na ofertę. Bywa, że nawet dla osoby, której nieobce są przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie zawsze jest klarowne, czym jest dany dokument. Aby sprawę jeszcze bardziej skomplikować, również przepisy przedmiotowej ustawy w tym zakresie są niekonsekwentne. Można podać co najmniej dwa przykłady.

Pierwszy, sztandarowy – ustawodawca nie może się zdecydować, czym jest próbka: przedmiotowym środkiem dowodowym, podmiotowym środkiem dowodowym czy może jeszcze czymś innym.

Drugi – czy podczas otwarcia ofert (**art. 222 ustawy Pzp**) „otwiera się” (tj. umożliwia się zapoznanie się co najmniej członkom komisji przetargowej) ofertę, czy wszystkie dokumenty złożone w terminie składania ofert? Skoro „oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert” (**art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp**), to co jest załącznikiem do oferty – wszystkie załączone dokumenty czy tylko wybrana część? Należy pamiętać, że załącznik, co do zasady, stanowi integralną część dokumentu podstawowego, ze wszystkimi konsekwencjami. W takiej sytuacji poprawna nazwa czynności powinna odnosić się również do dokumentów składanych wraz z ofertą, ale do niej nienależących.

Mając na uwadze zróżnicowanie dokumentów, ze względu na powiązane z nimi aspekty formalnoprawne (ogólny charakter prawny, wymagana forma złożenia/zastosowany podpis), dokumenty (pliki) składane w postępowaniu można przyporządkować co najmniej do następujących grup:

- oferta,
- pełnomocnictwo,
- wadium,
- przedmiotowe środki dowodowe,
- podmiotowe środki dowodowe,
- oświadczenia wykonawców,

- wnioski wykonawców (inne niż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu),
- dokumenty składane na podstawie art. 134 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp,
- zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
- inne dokumenty.

Oferta

Ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć w sposób wskazany w Kodeksie cywilnym, ponieważ ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zawiera własnej definicji tego pojęcia.

WAŻNE

Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy [art. 66 k.c.]. Z proceduralnego, zamówieniowego punktu widzenia oferta nie jest dokumentem ani środkiem dowolnego rodzaju, lecz oświadczeniem woli wykonawcy, wyrażającym chęć wykonania zamówienia na zaproponowanych warunkach.

Forma oferty jest jednoznacznie przesądzona przez przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych: musi być złożona w formie elektronicznej (dla postępowań unijnych) albo w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym bądź podpisem osobistym (dla postępowań krajowych).



OŚWIADCZENIE Z ART. 125 USTAWY PZP
NIE STANOWI PODMIOTOWEGO ŚRODKA
DOWODOWEGO, CHOĆ JEGO TREŚĆ JEST
KWINTESENCJĄ PODMIOTOWOŚCI).

W przypadku oferty zasadnicza wątpliwość nie odnosi się jednak do samego formularza ofertowego, ale do pozostałych dokumentów wraz z nią składanych. Od ich przyporządkowania zależy forma (zastosowane podpisy) oraz zakres możliwych uzupełnień i wyjaśnień. W typowych postępowaniach wykonawcy wraz z ofertą (właściwym formularzem ofertowym) składają wiele innych dokumentów, w tym:

1. formularz ofertowy (formularz cenowy, formularz cen jednostkowych, uszczegółowienie oferty itd.) – na ogół stanowiący integralną część oferty w wąskim znaczeniu cywilistycznym,
2. kosztorys,
3. dokumenty potwierdzające równoważność,
4. próbki,

5. plany, opisy techniczne, projekty,
6. harmonogramy,
7. zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby lub inny adekwatny dokument (**art. 118 ust. 3 ustawy Pzp**),
8. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (**art. 273 ust. 2 ustawy Pzp**),
9. pełnomocnictwo,
10. wadium,
11. certyfikaty jakości.

Do oferty *sensu stricto* zawsze należy wyłącznie to, co wskazano w punkcie 1. Pozostałe dokumenty stanowią bądź podmiotowe środki dowodowe (np. zobowiązanie podmiotu trzeciego – co interesujące, oświadczenie z **art. 125 ustawy Pzp** nie stanowi podmiotowego środka dowodowego, choć jego treść jest kwintesencją podmiotowości), przedmiotowe środki dowodowe (np. na ogół dokumenty potwierdzające równoważność), dokumenty swoiste (wadium) bądź sklasyfikowane jako tzw. inne dokumenty (np. **art. 20 ust. 3, art. 73 ust. 1, art. 98 ust. 6 pkt 1, art. 128 ust. 1 i 4, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp**).

Próbka lub kosztorys

Większość z wymienionych dokumentów nie ma przypisanej „kategorii zaszerzegowania”, lecz ich charakter prawny i procedowanie z nimi są zależne od roli, jaką w danym postępowaniu przypisze danemu dokumentowi zamawiający. Najlepszymi przykładami są próbka (już wzmiankowana powyżej) oraz kosztorys.

Kosztorys zasadniczo powinien stanowić część oferty w przypadku zastosowania przez zamawiającego wynagrodzenia kosztorysowego – wtedy pełna nazwa powinna brzmieć: „kosztorys ofertowy”, wskazując jego integralną przynależność do oferty. Taki dokument, analogicznie do oferty, można wyjaśniać i poprawiać (**art. 223 ust. 2 ustawy Pzp**), ale nie można uzupełniać jego braków, a zastosowany podpis powinien być właściwy jak dla oferty.

Zdarza się jednak, że zamawiający żądają kosztorysu do innych celów niż podstawa obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego – wtedy często rezygnują z członu „ofertowy” w nazwie. Kosztorys, przy zastosowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, może stanowić podstawę obliczeń zmiany ceny do przyszłej ewentualnej waloryzacji, robót zamiennych, zaniechanych, dodatkowych albo po prostu do celów informacyjnych. Składany jest wówczas wraz z ofertą, lecz nie należy do jej treści (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt.: KIO 2383/16). Niekiedy żądany jest wyłącznie od zwycięzcy postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy na podstawie **art. 134 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp**, co w ogóle podaje w wątpliwość jego rolę i skutki praw-



W PRZYPADKU OFERTY ZASADNICZA WĄTPLIWOŚĆ NIE ODNOSI SIĘ JEDNAK DO SAMEGO FORMULARZA OFERTOWEGO, ALE DO POZOSTAŁYCH DOKUMENTÓW WRAZ Z NIĄ SKŁADANYCH. OD ICH PRZYPORZĄDKOWANIA ZALEŻY FORMA [ZASTOSOWANE PODPISY] ORAZ ZAKRES MOŻLIWYCH UZUPEŁNIEŃ I WYJAŚNIEŃ.

ne braku przedłożenia, skoro składany jest po wyborze oferty i zakończeniu postępowania (zob. definicja postępowania – **art. 7 pkt 18 ustawy Pzp**).

W zależności od związanych z nim oczekiwań zamawiającego może mieć w związku z tym cechy przedmiotowego środka dowodowego bądź innego wymienionego wyżej dokumentu. Konsekwentnie uznanie kosztorysu za przedmiotowy środek dowodowy pozwala na uzupełnienie braków i wyjaśnienia. W takiej sytuacji brak rygoru nieważności i właściwie każda forma podpisu lub wręcz jego brak (zob. forma dokumentowa – **art. 77² k.c.**) będzie dopuszczalna, o ile zamawiający nie narzuci innych zasad w warunkach zamówienia.

Plany, opisy techniczne, projekty

Do pewnego stopnia podobne uwagi odnoszą się do planów, opisów technicznych, projektów, harmonogramów i podobnych dokumentów. Z reguły z samej definicji potwierdzają parametry oferowanego w ofercie przedmiotu, stanowią więc przedmiotowe środki dowodowe. Jednak harmonogram może również stanowić integralną część oferty, jeżeli zamawiający przypisze punkty kryterium oceny ofert ocenie harmonogramu. Harmonogram może także stanowić materiał dodatkowy o charakterze informacyjnym, od którego nie uzależniono żadnych skutków.

Samo wymienione jako podmiotowy środek dowodowy zobowiązanie podmiotu trzeciego (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt.: 596/23) ustawodawca traktuje niejednolicie, uznając go niekiedy za inny dokument – zob. **§ 7 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie** (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452). ◀

Cdn.

Uwarunkowania prawne i faktyczne unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych

W ART. 255 USTAWY Z DNIA 11 WRZEŚNIA 2019 R. – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH [DZ. U. Z 2022 R., POZ. 1710 Z PÓŹN. ZM.] USTAWODAWCA WYMIENIŁ PRZESŁANKI, KTÓRYCH ZAISTNIENIE POWODUJE UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA.



Jacek Jerka

Praktyk udzielający zamówień publicznych, prawnik, członek międzyresortowej komisji orzekającej, w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, były członek Rady Zamówień Publicznych i były rzecznik dyscypliny finansów publicznych, członek Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych, szkoleniowiec i wykładowca.



Jedną z nowo dodanych okoliczności jest podstawa wskazana w **art. 255 pkt 7 ustawy Pzp**, w myśl której zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem **art. 263 ustawy Pzp**.

Dodanie wymienionego uregulowania należy ocenić jako zabieg pozytywny i potrzebny z punktu widzenia systemu zamówień publicznych. Jak to często bywa w przypadku stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, także w odniesieniu do stosowania **art. 255 oraz art. 263 ustawy Pzp** może się pojawić wiele wątpliwości i problemów praktycznych ze stosowaniem obu uregulowań (w tym artykule omówione zostaną uwarunkowania prawne i faktyczne unieważnienia postępowania na podstawie **art. 255 pkt 7 w zw. z art. 263 ustawy Pzp**).

W przypadku uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy

W poprzednio obowiązującej ustawie – Prawo zamówień publicznych (Pzp2004), w art. 93 nie przewidziano unieważnienia postępowania z tego powodu, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak wskazanego uregulowania nastroczał wielu zamawiającym problemów, szczególnie w sytuacji, gdy wybrana oferta nie była jedyną ofertą mieszczącą się w limicie środków, jakie zamawiający zamierzał zapewnić na sfinansowanie zamówienia, a wykonawca nie wykonał czynności niezbędnych do ważnego zawarcia umowy, np. nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia lub uchylił się od zawarcia umowy. W takim przypadku zamawiający często znajdowali się w sytuacji niemającej żadnego prostego rozwiązania. Taki wykonawca uniemożliwiał zamawiającemu unieważnienie postępowania, gdyż cena oferty najkorzystniejszej mieściła się w limicie środków zabezpieczonych na sfinansowanie zamówienia.

Przypomnieć należy, że wcześniej obowiązujący art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 stanowił, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli:

[...] 4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Ustawodawca wobec wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a który uchylił się od zawarcia umowy lub nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

nie przewidywał sankcji polegającej na odrzuceniu takiej oferty lub wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania, ze względu na brak takiej przesłanki w przepisach Pzp2004.

Ustawodawca w art. 94 ust. 3 Pzp2004 przyznał zamawiającemu uprawnienie do kontynuowania postępowania, jeśli zaś wykonawca, którego oferta została wybrana, uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodziły przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 Pzp2004.

Z treści obowiązujących wówczas przepisów wynikało, że zamawiający mógł dokonać wyboru drugiej oferty w rankingu, ale jeżeli ta oferta nie mieściła się w limicie posiadanych środków finansowych, jakie zabezpieczono na to zamówienie, to zamawiający był zobowiązany udowodnić zaistnienie przesłanki unieważnienia postępowania wśród pozostałych podstaw unieważnienia postępowania, co w większości przypadków było utrudnione lub niemożliwe.

W przypadku celowego uchylenia się od zawarcia umowy

Problemy związane z prowadzeniem postępowania, w trakcie którego wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wykonuje innych obligatoryjnych czynności, spowodowały, że projektodawcy nowego Prawa zamówień publicznych rozszerzyli zakres podstaw unieważnienia postępowania.

Zgodnie z **art. 255 pkt 7 ustawy Pzp** (okoliczności stanowiących) zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

WAŻNE

wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263.

Uwzględniając zacytowany przepis, stwierdzić należy, że:

- 1) **art. 255 pkt 7** stanowi dla zamawiającego samodzielną podstawę unieważnienia postępowania tylko z tego powodu, że wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia,
- 2) **art. 255 pkt 7** stanowi dla zamawiającego samodzielną podstawę unieważnienia postępowania tylko z tego powodu, że wykonawca uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- 3) odesłanie zawarte w **art. 255 pkt 7 do art. 263 ustawy Pzp** uprawnia zamawiającego do dokonania ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrania najkorzystniejszej oferty.

Ustawodawca w przywołanych unormowaniach poszerzył granice autonomii przyznanej zamawiającemu, umożliwiając mu uwzględnienie jego interesu ekonomicznego i interesu publicznego.

WAŻNE

Brak ustawowego przymusu w dalszym prowadzeniu postępowania, w sytuacji gdy zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą, nie jest prawnie możliwe, pozwala zamawiającemu samodzielnie podjąć decyzję, czy wybrać ponownie ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, czy zakończyć postępowanie jego unieważnieniem.

Jeżeli wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia

Pierwszą z przesłanek unieważnienia postępowania wskazaną w **art. 255 pkt 7 ustawy Pzp** jest niewniesienie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. Obowiązek złożenia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia¹ jest komunikowany wykonawcom *de facto* w momencie wszczęcia postępowania, prawodawca wymaga bowiem zawarcia informacji w tym zakresie w specyfikacji warunków zamówienia (**art. 134 ust. 2 pkt 5 i art. 281 ust. 2 pkt 19 ustawy Pzp**) czy w innych dokumentach zamówienia, co wynika wprost z treści **art. 452 ust. 3 i art. 453 ust. 4 ustawy Pzp**.



DE LEGE FERENDA NALEŻY POSTULOWAĆ ZMIANY W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, KTÓRE SPRAWIA, ŻE UCHYLENIE SIĘ OD ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO LUB NIEWWNIESIENIE WYMAGANEGO ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY STANOWIĆ BĘDZIE SAMODZIELNĄ PODSTAWĘ ODRZUCENIA OFERTY.

Zachowania składające się na niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia mogą przybrać różną postać. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2271/22) zwrócono uwagę, że okoliczność niewwniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia obejmuje wszelkie przyczyny, zarówno zawinione, jak i niezawinione.

[...] starania Odwołującego o uzyskanie gwarancji ubezpieczeniowej [...] nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania ze względu na to, że to na Odwołującym spoczywał obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w określonym terminie, a pomimo dwukrotnego wezwania ze strony zamawiającego nie sprostął on wymogowi określonemu w pkt XXII ust. 1 SWZ. [...] Izba zwraca uwagę na fakt, że Zamawiający, uwzględniając wniosek Odwołującego o wydłużenie terminu do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dał Odwołującemu w sumie 9 dni na spełnienie wskazanego wymogu.

W przypadku żądania zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia wykonawca jest zobowiązany wnieść je:

- w należnej kwocie,
- w wymaganym zakresie przedmiotowym,
- na wymagany okres,
- w dopuszczonej przez zamawiającego formie.

Jest to warunek zamówienia, którego spełnienie – przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza – jest jednym z niezbędnych (koniecznych) elementów składających się na czynność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uchylenie się od zawarcia umowy w ustawie – Prawo zamówień publicznych

Uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego obejmuje zachowania (zaniechania i działania), z którymi ustawodawca wiąże skutek prawny określony w pierwszej części dyspozycji wskazanej w **art. 255 pkt 7 ustawy Pzp**. Zakres zachowań wykonawcy, które mogą być zakwalifikowane jako uchylenie się od zawarcia umowy, będzie obejmował bardzo różne przypadki.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2022 r. (sygn. akt: KIO 686/22) stwierdzono: *Ustawa nie wskazuje, jakie zachowanie wykonawcy należy uznać za uchylenie się od zawarcia umowy. W wyroku z dnia 4 marca 2014 r. (KIO 288/14), Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że uchylenie się wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania [...] wykonawcy. Tego rodzaju przypadki wymagają każdorazowo osobnej oceny z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy.*

WAŻNE

Stosownie do poczynionych uwag zamawiający musi indywidualnie ocenić zachowanie wykonawcy, który po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej „zwołoczy” z zawarciem umowy, co może sugerować wolę uniknięcia zawarcia umowy.

W przywołanym już wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 686/22) skład orzekający, analizując postępowanie wykonawcy, stwierdził:

[...] w ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku zachowanie odwołującego nie daje żadnych podstaw do uznania, że uchyła się on od zawarcia umowy. Odwołujący reagował na wszystkie żądania zamawiającego, w tym np. dostarczył zamawiającemu dokument gwarancji należytego wykonania umowy, dostarczył zmieniony dokument tej gwarancji, reagował na informacje dotyczące czynności zawarcia umowy itp. W żaden sposób nie dał do zrozumienia zamawiającemu, że nie zamierza zawrzeć z nim umowy. W szczególności za podstawę do takiego uznania nie można przyjąć okoliczności, że odwołujący zgłosił uwagi do przesłanego mu projektu umowy. Faktem jest, że zamawiający przesłał odwołującemu projekt, który różnił się od projektu udostępnionego wcześniej. Sam zamawiający na posiedzeniu Izby w dniu 23 marca 2022 r. przyznał, że przekazany projekt różnił się od wcześniejszego, niemniej jednak stwierdził, że wprowadzone zmiany wynikały z wcześniejszego uwzględnienia wniesionych w sprawie odwołań, z odpowiedzi na pytania do SWZ bądź też były nieistotne. Izba wskazuje, że dokonanie zmian w projekcie umowy jest jedną z czynności zamawiającego, na którą wykonawcy przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania. Zamawiający, który dopiero na dzień przed wyznaczonym terminem zawarcia umowy, przekazuje wykonawcy zmieniony projekt umowy, w istocie pozbawia wykonawcę tego uprawnienia.

WAŻNE

Z treści przywołanego stanu faktycznego i oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą wynika, że na czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty przysługują środki ochrony prawnej. W związku z tym także czynność „uznania” przez zamawiającego, że wykonawca uchyła się od zawarcia umowy, może podlegać weryfikacji przez Krajową Izbę Odwoławczą pod względem zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych.

W doktrynie podniesiono, że uchylaniem się od zawarcia umowy jest nie tylko odmowa podpisania umowy (**art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy Pzp**), która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazaniem do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy uniemożliwiające zawarcie umowy (**art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp**) przez niego zarówno zawinione, jak i niezawinione. Przykładami uchylania się od zawarcia umowy będą m.in.:

- 1) nieusprawiedliwiona bierność wykonawcy, w tym nieusprawiedliwione niestawienie się w umówionym terminie zawarcia umowy,
- 2) nieusprawiedliwione niedysponowanie odpowiednim umowieniem,
- 3) niezorganizowanie dokumentów wymaganych dla zawarcia umowy,
- 4) brak współdziałania wymaganego do zawarcia umowy².

Zakres autonomii zamawiającego określonej w art. 263 ustawy Pzp

W doktrynie zwrócono uwagę, że decyzja o odstąpieniu od unieważnienia postępowania należy do **swobodnego uznania** zamawiającego. Zamawiający może bowiem, przy zaistnieniu przewidzianego w **art. 263 ustawy Pzp** stanu faktycznego, dokonać – w ramach uznania – wyboru jednego z dopuszczalnych w tym przepisie następstw prawnych:

- ponownie wybrać ofertę spośród pozostałych ofert albo
- unieważnić postępowanie.

Oczywiście ponowny wybór oferty jest możliwy jedynie w przypadku, gdy nie zachodzi inna obligatoryjna podstawa unieważnienia postępowania³.

W uzasadnieniu orzeczenia Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 7 kwietnia 2022 r. podkreślono, że:

WAŻNE

W stanie prawnym obowiązującym w dniu orzekania, a wynikającym z wejścia w życie przepisów Pzp z 2019 r. w tym art. 255 pkt 7 w związku z art. 263 Pzp z 2019 r., ustawodawca wprost nakazał zamawiającemu unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy po dokonaniu pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyła się od zawarcia umowy [art. 255 pkt 7], z uwzględnieniem dodatkowych uprawnień, które prawodawca przyznał zamawiającemu w art. 263 Pzp z 2019 r.

Oznacza to, że w przypadku czynu Obwinionej, która unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego [...], na gruncie przepisów Pzp z 2019 r. obowiązujących w dniu orzekania, działanie (zachowanie) [...] nie wyczerpuje znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonych w **art. 17 ust. 3 ustawy ondfp**, a w konsekwencji popełniony czyn nie jest w czasie orzekania kwalifikowany jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co sprawia, iż Obwiniona nie może ponosić odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 3 ustawy ondfp.

Ponowny wybór najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 263 ustawy Pzp

O ile nie budzi większych wątpliwości wykładnia **art. 255 pkt 7 ustawy Pzp** w zakresie unieważnienia postępowania, o tyle skorzystanie przez zamawiającego z uprawnienia do dokonania ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 263 ustawy Pzp wymaga zastosowania wykładni językowej wspartej wykładnią funkcjonalną przywołanego przepisu.

Wątpliwości dotyczą statusu oferty tego wykonawcy, którego propozycja została oceniona jako najkorzystniejsza, a następnie wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jednak wykonawca uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z przepisów Prawa zamówień publicznych nie wynika wprost, aby taka oferta podlegała odrzuceniu.

Ustawodawca przyznał jednak uprawnienie do dokonania ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców. Użyty w omawianym **art. 263 ustawy Pzp** zwrot badanie i ocena ofert „spośród ofert pozostałych w postępowaniu”, oznacza wykonanie powyższych czynności z pominięciem oferty wykonawcy, który nie wniósł zabezpieczenia lub uchylił się od zawarcia umowy. Choć nie wynika to wprost z przepisów Prawa zamówień publicznych, to co do zasady, zamawiający ocenia³ tylko te oferty, które nie podlegają odrzuceniu (art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), zaś oferty, które nie spełniają określonych przez ustawę wymagań oraz określonych przez zamawiającego warunków, podlegają odrzuceniu (art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Z powyższych względów

WAŻNE

rozwiązanie zastosowane przez ustawodawcę w art. 263 ustawy Pzp, w którym zamawiający bada i ocenia oferty z pominięciem oferty pierwotnie wybranej jako najkorzystniejsza, ponieważ wykonawca, który ją złożył, odmówił zawarcia umowy⁴, jest unormowaniem szczególnym.

Uwzględnienia wymaga fakt, że wszystkie czynności wykonane przez zamawiającego na podstawie **art. 263 ustawy Pzp** i zaniechania, których się dopuścił, w tym:

- 1) ponowne badanie ofert,
- 2) ponowna ocena ofert,
- 3) wybór najkorzystniejszej oferty

spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców, podlegają ponownej weryfikacji pod względem ich zgodności z przepisami ustawy.



DOKONANIE ZMIAN W PROJEKCIE UMOWY JEST JEDNĄ Z CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO, NA KTÓRĄ WYKONAWCY PRZYSŁUGUJE UPRAWNIENIE DO WNIESIENIA ODWOŁANIA. ZAMAWIAJĄCY, KTÓRY DOPIERO NA DZIEŃ PRZED WYZNACZONYM TERMINEM ZAWARCIA UMOWY PRZEKAZUJE WYKONAWCY ZMIENIONY PROJEKT UMOWY, W ISTOCIE POZBAWIA WYKONAWCĘ TEGO UPRAWNIENIA.

De lege ferenda należy postulować zmiany w Prawie zamówień publicznych, które sprawią, że uchylenie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowić będzie samodzielną podstawę odrzucenia oferty.

Podsumowanie

Wśród wielu uregulowań zawartych w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych przyznanie zamawiającym uprawnień, o których mowa w **art. 263 z uwzględnieniem dyspozycji art. 255 pkt 7 ustawy Pzp**, stanowi uelastycznienie i odformalizowanie procedur udzielania zamówień publicznych. Możliwość dokonania ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrania najkorzystniejszej oferty albo dopuszczenie możliwości unieważnienia przez zamawiającego postępowania – w przypadku gdy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy – pozwalają zamawiającemu na podjęcie możliwie optymalnej decyzji procesowej.

Autonomia przyznana zamawiającemu w **art. 263 ustawy Pzp** może umożliwić udzielenie zamówienia publicznego, które w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zaspokoi uzasadnione potrzeby sektora publicznego. ◀

Przypisy:

- ¹ Jeżeli jest żądane przez zamawiającego w toku danego postępowania.
- ² *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 263.
- ³ *Ibidem*, komentarz do art. 255.
- ⁴ W rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych.
- ⁵ Nie wniósł znowu lub uchylił się od zawarcia umowy.

Skutki braku kontroli zarządczej

KONTROLA ZARZĄDCZA TO TEMAT ISTOTNY DLA KIEROWNIKÓW JEDNOSTEK SEKTORA FINANSÓW PUBLICZNYCH NIE TYLKO W ZWIĄZKU Z NARUSZENIEM DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH, ALE PRZED E WSZYSTKIM W ZAKRESIE PRAWIDŁOWEGO ZARZĄDZANIA JEDNOSTKĄ. WARTO PRZEANALIZOWAĆ OBA JEJ ASPEKTY ORAZ SKUTKI JEJ NIEWŁAŚCIWEGO WYKONANIA LUB ZANIEDBAŃ CZY NAWET ZANIECHANIA.



Małgorzata Filipek-Orwat

Praktyk zamówień publicznych z wieloletnim doświadczeniem, konsultant i autor licznych publikacji z zakresu zamówień publicznych oraz odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, członek Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych oraz Międzyresortowej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Sprawiedliwości.



Definicja kontroli zarządczej

Kontrolę zarządczą w jednostkach sektora finansów publicznych stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia osiągnięcia celów i realizacji zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy¹.

Przez określenie celów kontroli zarządczej ustawodawca przesądził, jaki styl kierowania jednostką sektora finansów publicznych jest przez niego wymagany, tj. zapewnienie szczególnie:

- 1) zgodności działalności z przepisami prawa oraz procedurami wewnętrznymi,
- 2) skuteczności i efektywności działania,
- 3) wiarygodności sprawozdań,
- 4) ochrony zasobów,
- 5) przestrzegania i promowania zasad etycznego postępowania,
- 6) efektywności i skuteczności przepływu informacji,
- 7) zarządzania ryzykiem.

Określenie, a następnie osiągnięcie celów i realizacja zadań ma charakter podstawowy oraz zindywidualizowany dla każdej jednostki sektora finansów publicznych. Nie spełnia warunku odwołanie się do celów i zadań jednostki określonych w ustawie stanowiącej podstawę jej funkcjonowania.

WAŻNE

Przy określaniu celów i zadań jednostki sektora finansów publicznych stosować należy te same kryteria, które stanowią standardy w definiowaniu celów w zadaniowym planie wydatków, nakazujące określenie celów w sposób istotny i zdefiniowany w czasie, precyzyjny, konkretny, spójny, mierzalny oraz realistyczny.

Wyznaczone do osiągnięcia cele jednostki sektora finansów publicznych należy określać w każdym roku budżetowym, wskazując mierniki wyjściowe, mierniki planowane do osiągnięcia, zasady monitorowania stanu ich osiągnięcia oraz zasady sprawozdawczości z realizacji planów.



ABY WYSTĄPIŁA ODPOWIEDZIALNOŚĆ, BĘDĄCA EFEKTEM NIEWŁAŚCIWEGO WYKONYWANIA PRZEZ KIEROWNIKA JEDNOSTKI OBOWIĄZKÓW W ZAKRESIE KONTROLI ZARZĄDCZEJ, MUSI BYĆ POWSTANIE JEDNEGO Z UCHYBIEŃ WYLICZONYCH W ART. 18C UST. 1 USTAWY O ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH.



WYZNACZONE DO OSIĄGNIĘCIA CELE JEDNOSTKI SEKTORA FINANSÓW PUBLICZNYCH NALEŻY OKREŚLAĆ W KAŻDYM ROKU BUDŻETOWYM, WSKAZUJĄC MIERNIKI WYJŚCIOWE, MIERNIKI PLANOWANE DO OSIĄGNIĘCIA, ZASADY MONITOROWANIA STANU ICH OSIĄGNIĘCIA ORAZ ZASADY SPRAWOZDAWCZOŚCI Z REALIZACJI PLANÓW.

Osoby odpowiedzialne za zapewnienie kontroli zarządczej

Ustawodawca jednoznacznie wskazał osoby odpowiedzialne za zapewnienie funkcjonowania adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej w danej jednostce sektora finansów publicznych. Zgodnie z treścią **art. 69 ust. 1–2 ustawy o finansach publicznych** przedmiotowy obowiązek należy do:

- 1) ministra w kierowanych przez niego działach administracji rządowej, zwanego dalej „ministrem kierującym działem”, z zastrzeżeniem ust. 2,
- 2) wójta, burmistrza, prezydenta miasta, przewodniczącego zarządu jednostki samorządu terytorialnego,
- 3) kierownika jednostki.

WAŻNE

Minister Sprawiedliwości zapewnia funkcjonowanie adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej w kierowanym przez niego dziale administracji rządowej w zakresie spraw niezastrzeżonych odrębnymi przepisami do kompetencji innych organów państwowych i z uwzględnieniem zasady niezawisłości sędziowskiej.

Wymienione osoby są odpowiedzialne za zapewnienie kontroli zarządczej, czyli za wdrożenie skutecznych rozwiązań organizacyjnych i procedur, które mają doprowadzić do osiągnięcia wyznaczonych celów.

Skutki odpowiedzialności w związku z niewłaściwym wykonaniem kontroli zarządczej

Zakres odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych odnoszących się do kontroli zarządczej określa



OBOWIAZKI W ZAKRESIE KONTROLI ZARZĄDCZEJ NIE OGRANICZAJĄ SIĘ DO UDZIELENIA UPOWAŻNIEŃ, CZYLI DO SWOISTEGO ROZDZIELENIA ZADAŃ MIĘDZY PRACOWNIKÓW. KONTROLA ZARZĄDCZA JEST PROCESEM TOWARZYSZĄCYM WSZYSTKIM ASPEKTOM FUNKCJONOWANIA JEDNOSTKI.

art. 18c ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 289 z późn. zm.). Katalog czynów został ściśle określony i obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w jednostce sektora finansów publicznych, jeżeli miało ono wpływ na:

- uszczuplenie wpływów należnych tej jednostce, Skarbowi Państwa lub jednostce samorządu terytorialnego,
- dokonanie wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatków ustalonej w planie finansowym jednostki,
- zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych,
- niewykonanie w terminie zobowiązania jednostki, w tym obowiązku zwrotu należności celnej, podatku, nadpłaty albo nienależnie opłaconych składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,
- udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych,



OBOWIAZKI W ZAKRESIE KONTROLI ZARZĄDCZEJ NIE OGRANICZAJĄ SIĘ DO UDZIELENIA UPOWAŻNIEŃ, CZYLI DO SWOISTEGO ROZDZIELENIA ZADAŃ MIĘDZY PRACOWNIKÓW. KONTROLA ZARZĄDCZA JEST PROCESEM TOWARZYSZĄCYM WSZYSTKIM ASPEKTOM FUNKCJONOWANIA JEDNOSTKI.

- zawarcie umowy ramowej bez przeprowadzenia postępowania w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących formy pisemnej umowy, okresu, na który umowa może być zawarta, lub – w przypadku wniesienia odwołania – terminu jej zawarcia,
- niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych,
- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych określających przesłanki unieważnienia tego postępowania,
- zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi z koncesjonariuszem, który nie został wybrany zgodnie z przepisami o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi,
- zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi z naruszeniem przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane albo usługi dotyczących formy pisemnej umowy, okresu, na który umowa może być zawarta, lub – w przypadku wniesienia odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – terminu jej zawarcia,
- unieważnienie postępowania o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi z naruszeniem przepisów o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi,
- dokonanie, w zakresie gospodarki finansowej lub w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo przygotowaniu tego postępowania bądź w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, czynności naruszającej dyscyplinę finansów publicznych przez osobę nieupoważnioną do wykonania tej czynności,
- działanie lub zaniechanie skutkujące zapłatą ze środków publicznych kary, grzywny lub opłaty stanowiącej sankcję finansową, do których stosuje się przepisy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Przepisu art. 18c ust. 1 pkt 1 nie stosuje się do należności, o których mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Aby wystąpiła odpowiedzialność będąca efektem niewłaściwego wykonywania przez kierownika jednostki obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, musi być powstanie jednego z uchybień wyliczonych w **art. 18c ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych**. W każdym przypadku konieczne jest ustalenie, czy określone działanie lub zaniechanie dysponenta środków publicznych wypełnia wszystkie warunki konieczne do uznania danego zaniechania za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.



KONTROLA ZARZĄDCZA OBEJMUJE WSZYSTKIE PROCESY W JEDNOSTCE, OD NAJPROSTSZYCH DO NAJBARDZIEJ ZŁOŻONYCH, W ZAKRESIE NIE TYLKO ORGANIZACYJNYM, ALE TAKŻE PRAWNYM.

Do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w obszarze kontroli zarządczej konieczne jest łączne zaistnienie trzech przesłanek:

- 1) kierownik jednostki nie wykonał lub nienależycie wykonał obowiązki w zakresie kontroli zarządczej,
- 2) doszło do jednego z uchybień w gospodarce finansowej jednostki, wymienionych w **art. 18c pkt 1–13 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych**,
- 3) zaniedbanie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej miało wpływ na powstanie tego uchybienia².

WAŻNE

Katalog czynów w zakresie kontroli zarządczej jest dość obszerny, choć zamknięty. W ramach poszczególnych czynów można wyodrębnić wiele procesów, które niewłaściwie zorganizowane i nadzorowane mogą przyczynić się do powstania naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie kontroli zarządczej.

Kontrola zarządcza obejmuje bowiem wszystkie procesy w jednostce, od najprostszych do najbardziej złożonych, w zakresie nie tylko organizacyjnym, ale także prawnym. Właściwe usystematyzowanie i ułożenie poszczególnych procesów organizacyjnych, finansowych, zakupowych, wpływa na sprawne zarządzanie jednostką, a tym samym na lepszą kontrolę zarządczą. Co nie oznacza, że jest to wystarczające do zapewnienia należytego wykonania kontroli zarządczej. Elementem niezbędnym w tym zakresie jest bieżący monitoring i weryfikacja procesów, ich usprawnianie nie tylko na potrzeby sprawozdań, ale także do sprawnego, efektywnego zarządzania jednostką sektora finansów publicznych.

Wnioski

Kontrola zarządcza to istotny element zarządzania jednostką. Jej celem jest stałe usprawnianie zarządzania, którego konsekwencją ma być zwiększanie efektywności i skuteczności działania poszczególnych jednostek sektora finansów publicznych, działów administracji rządowej i jednostek samorządu

terytorialnego. W rezultacie ma zatem służyć zwiększeniu efektywności i skuteczności działania całej polskiej administracji publicznej.

WAŻNE

Zgodnie z przyjętym orzecznictwem kierownik jednostki nie wyzbywa się odpowiedzialności w zakresie kontroli zarządczej przez upoważnienie pracowników tej jednostki do czynności w zakresie kontroli zarządczej. Kierownik jednostki, nawet gdy skutecznie przekazuje określone uprawnienia i obowiązki swoim pracownikom, nie wyzbywa się odpowiedzialności za brak kontroli zarządczej.

Przeciwna teza byłaby sprzeczna z obowiązującymi przepisami i prowadziłyby do wniosku, że kierownik jednostki może tak ukształtować regulaminy i upoważnienia w jednostce, że za nic nie będzie ponosił odpowiedzialności³.

Obowiązki w zakresie kontroli zarządczej nie ograniczają się do udzielenia upoważnień, czyli do swoistego rozdzielania zadań między pracowników. Kontrola zarządcza jest procesem towarzyszącym wszystkim aspektom funkcjonowania jednostki. Nie wystarczy zatem określenie podziału zadań – kierownik jednostki powinien także kontrolować, w jaki sposób zadania te są przez poszczególnych pracowników wykonywane.

Kierownik jednostki jest zatem zobowiązany [...] *do monitorowania, względnie do okresowego kontrolowania, czy upoważnienie to daje uzasadnioną pewność co do zgodności podejmowanych przez upoważnionego działań z obowiązującymi przepisami prawa – co jest jednym z nadrzędnych celów kontroli zarządczej, określonych w art. 68 ust. 2 pkt 1 ufp.*

Cecha adekwatności kontroli zarządczej oznacza konieczność takiego jej zaprojektowania, że istnieje racjonalne zapewnienie, iż cele kontroli zarządczej zostaną osiągnięte nie tylko skutecznie, ale także efektywnie⁴. Niewłaściwe sprawowanie kontroli zarządczej dla kierownika jednostki może mieć negatywne skutki w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. ◀

Przypisy:

- ¹ Art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1634 z późn. zm.).
- ² Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 19 marca 2018 r., BDF1.4800.84.2017, www.szukio.pl.
- ³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2012 r. (sygn. akt: V SA/Wa 216/12), LEX.
- ⁴ L. Opiola, T. Skica, *Komentarz do art. 69 ustawy o finansach publicznych, [w:] Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, red. W. Misiąg, Warszawa 2017, s. 313; orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 19 marca 2018 r., BDF1.4800.84.2017, www.szukio.pl.

Warunki udziału w postępowaniu o mieszanym przedmiocie zamówienia

W PRZYPADKU NIEJEDNOLITOŚCI KATEGORIALNEJ PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, T.J. SCALENIA W JEDNEJ UMOWIE ŚWIADCZEŃ KWALIFIKOWANYCH NA GRUNCIE PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH CO NAJMNIEJ DO DWÓCH SPOŚRÓD NASTĘPUJĄCYCH RODZAJÓW: USŁUG, DOSTAW LUB ROBÓT BUDOWLANYCH, DO UDZIELENIA ZAMÓWIENIA STOSUJE SIĘ PRZEPISY USTAWY DOTYCZĄCE GŁÓWNEGO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.



Konrad Różowicz

Partner kierujący Działem Prawa Zamówień Publicznych w Dr Krystian Ziemiński & Partners
Kancelaria Prawna Sp.k.



W artykule omówiono sposób oddziaływania przepisu **art. 27 ust. 1 ustawy Pzp** na ustanawianie warunków przedmiotu zamówienia.

Kategorie warunków udziału w postępowaniu

Kryteria kwalifikacji, podobnie jak przesłanki wykluczenia, odnoszą się do podmiotowych cech wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Warunki udziału w postępowaniu, odmiennie od podstaw wykluczenia, nie są w sposób skonkretyzowany wyrażone przez ustawodawcę. Są one formułowane przez zamawiających w dokumentach zamówienia. Ustawodawca w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp określił przestrzenie, w których zamawiający mogą się poruszać, ustanawiając kryteria kwalifikacji. Zgodnie ze wspomnianym przepisem warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- zdolności do występowania w obrocie gospodarczym,
- uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
- sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- zdolności technicznej lub zawodowej.

Co najmniej w zakresie kategorii kryteriów kwalifikacji, o których mowa w punktach drugim i czwartym, pozostają takie aspekty podmiotowe, które w przypadku zamówień o niejednorodnym charakterze przedmiotowym mogą wywoływać po stronie zamawiających chęć ustanowienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących:

- zarówno głównego przedmiotu zamówienia, jak i elementów ubocznych (niebędących głównym przedmiotem zamówienia). Na przykład w postępowaniu, do którego mocą zastosowania reguły z **art. 27 ust. 1 ustawy Pzp** stosuje się przepisy ustawy dotyczące zamówień na roboty budowlane, zamawiający może chcieć zweryfikować, czy pretendent do uzyskania zamówienia ma odpowiednie doświadczenie w obszarze zarówno robót budowlanych, jak i dostaw,
- wyłączenie elementów ubocznych przedmiotowo (niebędących głównym przedmiotem zamówienia). Na przykład w postępowaniu, do którego mocą reguły z **art. 27 ust. 1**



W ORZECZNICTWIE WSKAZUJE SIĘ, ŻE PROPORCJONALNOŚĆ POWINNA BYĆ BADANA PRZEZ PRYZMAT NIE TYLKO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, ALE TAKŻE RODZAJU ZAMÓWIENIA, CHARAKTERU ZAMÓWIENIA CZY WYMAGAŃ ZWIĄZANYCH Z REALIZACJĄ ZAMÓWIENIA.

ustawy Pzp stosuje się przepisy ustawy dotyczące dostaw, instytucja zamawiająca może chcieć zweryfikować, czy wykonawca ma stosowne doświadczenie w zakresie robót budowlanych (będących ubocznym elementem zamówienia).

Stosowanie przepisów dotyczących głównego przedmiotu zamówienia

Ustalając możliwość ustanowienia przez zamawiającego kryteriów kwalifikacji z odniesieniem się do ubocznych elementów przedmiotu zamówienia, należy wskazać, że:

➤ WAŻNE

zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp do udzielania zamówień mieszanych stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.

W perspektywie wskazanej regulacji należy podnieść, że przepisy **art. 112–116 ustawy Pzp** nie wiążą określonych ustawowo kategorii lub rodzajów kryteriów kwalifikacji z wyróżnionymi ustawowo kategoriami zamówienia, tj. usługami, dostawami lub robotami budowlanymi. W konsekwencji nie jest tak, że ustawa rezerwuje niektóre kryteria kwalifikacji wyłącznie na wypadek udzielania określonej kategorii zamówień (np. dopuszczalność weryfikacji doświadczenia wykonawcy wyłącznie względem zamówień na usługi).

➤ WAŻNE

Ustawodawca wprost i wyraźnie wiąże niektóre regulacje, instrumenty czy mechanizmy prawne z poszczególnymi kategoriami przedmiotowymi zamówienia.

Przykładem regulacji ustawowych, które wprost odnoszą się do określonych kategorii przedmiotowych zamówień, są:

- **art. 95 ust. 1 ustawy Pzp:** *Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia [...],*
- **art. 435 ust. 1 ustawy Pzp:** *Na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy,*
- **art. 437 ust. 1 ustawy Pzp:** *[...] umowa, której przedmiotem są roboty budowlane [...],*
- **art. 438 ust. 1 ustawy Pzp:** *W przypadku umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, przewidującej wymagania określone w art. 95 ust. 1.*

Stanowi to argument przemawiający za uznaniem, że wyrażona w **art. 27 ust. 1 ustawy Pzp** reguła sama w sobie nie tamuje możliwości ustanawiania kryteriów kwalifikacji dotyczących ubocznego przedmiotu zamówienia. Skoro regulacje ustawowe nie różnicują kategorii i rodzajów kryteriów kwalifikacji względem



ZASADNE JEST PRZYJĘCIE, ŻE
W PRZYPADKU ZAMÓWIEŃ
O NIEJEDNOLITEJ CHARAKTERYSTYCE
PRZEDMIOTOWEJ DOPUSZCZALNE JEST
USTANAWIANIE KRYTERIÓW KWALIFIKACJI
DOTYCZĄCYCH ZARÓWNO GŁÓWNEGO
PRZEDMIOTU ZAMÓWNIENIA,
JAK I PRZEDMIOTU UBOCZNEGO.

poszczególnych kategorii przedmiotowych zamówienia, to nieistotne jest to, czy warunek udziału w postępowaniu dotyczy głównego, czy ubocznego przedmiotu zamówienia.

WAŻNE

W zasygnalizowanych okolicznościach nie można stracić z pola widzenia, że ustawowe kryteria kwalifikacji należy rozpatrywać wraz z regulacjami rozporządzenia Ministerstwa Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

We wspomnianym akcie normatywnym wyróżniono katalogi podmiotowych środków dowodowych powiązanych z ustawowo wyróżnionymi sferami dopuszczalnej weryfikacji pretendenta do uzyskania zamówienia. Odnosząc się do przywołanego powyżej przykładu, należy wskazać, że doświadczenie wykonawcy, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1) i 2) powyższego rozporządzenia, może zostać zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie:

- wykazu robót budowlanych, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie,
- wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, oraz załączenia dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane bądź są wykonywane należycie.

Mimo że wymienione rodzaje podmiotowych środków dowodowych służą weryfikacji doświadczenia w ramach realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych, to nie zostały one wyraźnie powiązane z poszczególnymi kategoriami przedmiotowymi zamówienia. W rezultacie przywołane przepisy nie stoją w kolizji z uznaniem, że prawnie dopuszczalne jest

ustanowienie kryteriów kwalifikacji dotyczących ubocznego przedmiotu zamówienia.

Proporcjonalność warunku

Poczynione rozważania należy uzupełnić o analizę tego, czy ustanowienie kryteriów kwalifikacji z odniesieniem się do ubocznego przedmiotu zamówienia nie narusza wymogów wyrażonych w **art. 112 ust. 1 ustawy Pzp**. Zgodnie z przywołanym przepisem:

WAŻNE

zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przywołany przepis wprost nakazuje, aby ustanowione przez zamawiającego kryteria kwalifikacji były adekwatne względem przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie wskazuje się, że proporcjonalność powinna być badana przez pryzmat nie tylko przedmiotu zamówienia, ale także rodzaju zamówienia, charakteru zamówienia czy wymagań związanych z realizacją zamówienia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1159/22).

Przywołana regulacja nie tamuje możliwości ustanowienia warunku udziału w postępowaniu, w którym udzielane jest zamówienie o mieszanym przedmiocie, z odniesieniem do ubocznego przedmiotu zamówienia. Jednakże zarówno główny, jak i uboczny przedmiot zamówienia łącznie składają się na całość kontraktową, a więc nie można racjonalnie zażądać, że taki warunek będzie spełniał wymóg powiązania z przedmiotem zamówienia. Wspomniane związanie z przedmiotem zamówienia może mieć jednak mniejszą intensywność, skoro na etapie przesądzania reguł znajdujących zastosowanie do udzielania zamówienia (**art. 27 ust. 1 ustawy Pzp**) stosowna część zamówienia nie została uznana za główną. Powyższe nie udaremnia jednak automatycznie, apriorycznie i bezwzględnie odniesienia kryterium kwalifikacji do aspektów związanych z ubocznym przedmiotem zamówienia. Również one mogą mieć znaczenie na tyle istotne, aby skorelować z nimi kryteria kwalifikacji w celu zapewnienia, by w postępowaniu został wybrany wykonawca zdolny do należytego wykonania umowy.

Podsumowanie

Rekapitulując poczynione rozważania, zasadne jest przyjęcie, że w przypadku zamówień o niejednolitej charakterystyce przedmiotowej dopuszczalne jest ustanawianie kryteriów kwalifikacji dotyczących zarówno głównego przedmiotu zamówienia w rozumieniu **art. 27 ust. 1 ustawy Pzp**, jak i przedmiotu ubocznego. ◀

Odwołanie od postanowień umowy

USTAWODAWCA – W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH Z 2019 R. – POSTANOWIŁ DOPUŚCIĆ MOŻLIWOŚĆ KORZYSTANIA ZE ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ W PRZYPADKU PROJEKTOWANYCH POSTANOWIEŃ UMOWY. BYŁO TO KONIECZNE ZE WZGLĘDU NA KWESTIONOWANIE PRZEZ CZĘŚĆ ORZECZNICTWA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ TAKIEJ MOŻLIWOŚCI!



Małgorzata Gołyńska-Minkiewicz

Radca prawny, specjalistka w zakresie zamówień publicznych i inwestycji infrastrukturalnych, w tym w formule partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji. W ostatnich latach odpowiedzialna była za ramy prawne partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, kierując działem prawnym w Departamencie Partnerstwa Publiczno-Prywatnego w Ministerstwie Funduszy i Polityki Regionalnej. W ramach indywidualnej kancelarii prawnej współpracuje z podmiotami rynku zamówień publicznych, wykorzystując unikalne doświadczenie we wsparciu najbardziej efektywnych formuł realizacji zamówień.



Z poprzednich przepisów nie wynikał wprawdzie jednoznaczny brak możliwości kwestionowania postanowień umowy w ramach środków ochrony prawnej, jednak wykonawcy mieli utrudnioną możliwość korzystania z procedur odwoławczych w tym zakresie. Stąd wynikała konieczność podkreślenia możliwości składania odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie projektowanych postanowień umowy, czyli zapewnienie zrównoważenia pozycji stron umowy.

Gdy wykonawca kwestionuje projekt umowy

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest wprawdzie specyficznym rodzajem umowy, która ma charakter cywilnoprawny, jednak jej treść i procedura zawarcia ograniczona jest względem obrotu prywatnego przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniach konkurencyjnych (szczególnie w trybach jednostopniowych – obecnie w przetargu nieograniczonym i trybie podstawowym w wariantie pierwszym, choć również w wariantie drugim) zamawiający narzuca wykonawcom wzór umowy w ramach specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawcy mają możliwość wnioskowania o zmianę postanowień umowy (w praktyce czynią to, składając wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia), jednak jedynym środkiem skutecznego zakwestionowania postanowień umowy jest skorzystanie z procedury odwoławczej.

W trybach obejmujących negocjacje wykonawcy mają nieporównywalnie lepszą sytuację niż w trybach jednostopniowych w zakresie kwestionowania postanowień umowy. Mogą bowiem w toku negocjacji przywoływać argumentację wskazującą na konieczność zmiany treści umowy, a co może ważniejsze – szerzej uzasadniać celowość dokonania takich zmian. Niestety, wykorzystanie trybów negocjacyjnych na polskim rynku



ZAMAWIAJĄCY NIEJEDNOKROTNI
WYKORZYSTYWALI (I WIELU Z NICH CZYNI
TO NADAL) SWOJĄ POZYCJĘ STRONY
NIEJAKO SILNIEJSZEJ W POSTĘPOWANIU
O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA
PUBLICZNEGO, NARZUCAJĄC
JEDNOSTRONNIE NIERYNKOWE LUB
NIEKORZYSTNE DLA WYKONAWCÓW
POSTANOWIENIA UMOWNE.

zamówień publicznych nadal jest zbyt małe, a zdecydowana większość postępowań prowadzona jest w trybach, w których wzór umowy jest narzucany przez zamawiającego.

Zamawiający niejednokrotnie wykorzystywali (i wielu z nich czyni to nadal) swoją pozycję strony niejako silniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, narzucając jednostronnie nierynkowe lub niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowne. Dobrym przykładem są tutaj klauzule dotyczące kar umownych. Cytowana już koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych zauważała ten problem, który skutkuje m.in. małą liczbą ofert lub wzrostem ceny².

Podstawa prawna kwestionowania projektowanych postanowień umowy

Aby zapobiegać konstruowaniu projektowanych postanowień umowy jednostronnie korzystnych wyłącznie dla zamawiających, w **art. 513 pkt 1 ustawy Pzp** wskazano, że kwestionowanie projektowanych postanowień umowy w ramach środków ochrony prawnej jest dopuszczalne. Artykuł ten głosi:

WAŻNE

Odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy.

Jednoznaczne zatem jest, że kwestionowanie projektowanych postanowień umowy w ramach środków ochrony prawnej jest dopuszczalne. Dyskusyjne natomiast bywa to, jaki jest zakres dopuszczalnych zarzutów.

Podstawy uwzględnienia odwołania

Artykuł 554 ust. 1 ustawy Pzp:

Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

- 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców
- 2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

W związku z brzmieniem powyższego przepisu może pojawić się wątpliwość, czy niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów innej ustawy niż Prawo zamówień publicznych może być podstawą uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, jeśli nie ma ona wpływu na wynik postępowania.



KWESTIONOWANIE PROJEKTOWANYCH POSTANOWIEŃ UMOWY W RAMACH ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ JEST DOPUSZCZALNE.

W doktrynie pojawiają się wypowiedzi, które wiążą możliwość uwzględnienia odwołania z powodu niezgodności projektowanego postanowienia umowy z przepisami ustawy (**art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp**), ale wyłącznie w przypadku naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych. Z kolei w przypadku naruszenia innych przepisów (innych ustaw)

WAŻNE

niezgodność projektowanych postanowień umowy z przepisami innych ustaw musi być oceniana z uwzględnieniem art. 8 ustawy Pzp i przez wykazanie, że takie naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania³.

Zgodnie jednak z innym poglądem: *Na tle regulacji art. 554 ust. 1 pkt 2 Pzp może rodzić się wątpliwość, czy na tej podstawie Izba jest władna orzec o niezgodności danego postanowienia umownego z przepisami ustawy, w przypadku gdy postanowienie to pozostaje w sprzeczności z przepisami innych ustaw niż komentowana ustawa. Odpowiedź na to pytanie powinna być jednoznacznie pozytywna⁴.*

Nie budzi przy tym wątpliwości sama możliwość zakwestionowania projektowanej klauzuli umownej w przypadku jej sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustaw innych niż Prawo zamówień publicznych. Wątpliwość dotyczy zaś konieczności powiązania takiego naruszenia z jego wpływem na wynik postępowania – co w praktyce może okazać się trudne.

W mojej ocenie wykładnia literalna **art. 554 ust. 1 ustawy Pzp** wskazuje na brak zróżnicowania podstaw rozstrzygnięcia zależnie od tego, czy podstawą kwestionowania projektowanych postanowień umowy są przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, czy przepisy innych ustaw (np. Kodeksu cywilnego).

W praktyce sporządzania odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty w zakresie projektowanych postanowień umowy niezwykle często dotyczą naruszenia zarówno przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, jak i przepisów Kodeksu cywilnego. Rozróżnienie w zakresie podstaw uwzględnienia odwołania – zależnie od rodzaju naruszenia – wypaczałoby podstawowy cel środków ochrony prawnej co do projektowanych postanowień umowy. Uniemożliwiłoby przywrócenie równowagi kontraktowej naruszonej czynnością zamawiającego, dotyczącą sformułowania projektowanych postanowień umowy.

Klauzule abuzywne

Najczęściej podstawami kwestionowania projektowanych postanowień umowy są oczywiście przepisy Prawa zamówień publicznych, szczególnie w zakresie tzw. klauzul abuzywnych oraz obowiązkowych postanowień umowy. Poniżej zaprezentuję subiektywny wybór przykładowych naruszeń będących podstawą nakazania przez Krajową Izbę Odwoławczą zmiany projektowanych postanowień umowy.

Artykuł 433 pkt 1 ustawy Pzp

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

W umowie nie mogą znaleźć się postanowienia, które będą przewidywać odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie (chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia). Nie oznacza to zakazu karania wykonawcy za wszelkie opóźnienia, oznacza jednak wprowadzenie obowiązku powiązania kary umownej z przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy. W praktyce zastrzeżeniem zgodnym z przepisami będzie zastrzeżenie kary umownej za zwłokę wykonawcy (zwłoką jest zaś opóźnienie zawinione przez wykonawcę).

W praktyce rynkowej spotykane są też kary gwarancyjne, rozszerzające odpowiedzialność wykonawcy na okoliczności od niego niezależne. Takim przykładem bywa bonifikata lub korekta zastrzegana w umowach utrzymania obiektu czy utrzymania systemów informatycznych (abstrahując od jej kwalifikacji jako kary umownej – co zależy od konkretnego przypadku). Nie jest całkiem wykluczone oderwanie odpowiedzialności wykonawcy od jego zawinienia, jednak, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, musi być sformułowana w odniesieniu do ściśle określonych okoliczności.

Przykład – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 2762/21)

Zgodnie z tym wyrokiem **art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego** stanowi, że *dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nawet z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Przepis ustawy Pzp wskazuje jednak, że odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie musi być uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia, a zatem musi być sformułowana w odniesieniu do ściśle określonych okoliczności.*

Artykuł 433 pkt 2 ustawy Pzp

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Skuteczny zarzut w tym zakresie mógłby np. dotyczyć sankcji za poboczne świadczenia wykonawcy. Należy jednak wykazać, że dane świadczenie faktycznie nie jest związane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Przykład – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2021 r. (sygn. akt: KIO 3277/21)

Zamawiający nie może zastrzec w umowie kary umownej za zachowania poboczne wykonawcy, tj. takie, które są niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. W tym konkretnym przypadku przewidziane we wzorze umowy kary umowne są związane z prawidłowym wykonaniem umowy. Chodzi bowiem o stawiennictwo i obecność kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych na budowie w przypadku zaistnienia sytuacji, w których obecność tych osób na budowie z uwagi na obowiązek czuwania nad prawidłowym przebiegiem realizacji umowy będzie konieczna. Osoby te powinny być więc dostępne w trakcie całej budowy. Temu przecież służy spełnienie wymogów SWZ i dysponowanie osobami o określonym doświadczeniu, kwalifikacjach i uprawnieniach.

Artykuł 433 pkt 3 ustawy Pzp

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Typowym i coraz częściej sankcjonowanym przykładem naruszenia powyższego przepisu jest próba przypisania wykonawcy odpowiedzialności za dokumentację projektową dostarczaną przez zamawiającego w celu wykonania robót budowlanych.

Przykład – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2021 r. (sygn. akt: KIO 3335/21)

Za niedopuszczalne w świetle art. 433 pkt 3 Pzp należałoby uznać takie postanowienia umowne, które nakładałyby na wykonawcę odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej, którą zamawiający przekazał wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Na gruncie Pzp ustawodawca, mając na uwadze, że kształtowanie postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego ma, co do zasady, charakter jednostronny, dążąc do ochrony wykonawców, ograniczył ww. swobodę kontraktową, wprowadzając zakaz

obarczania wykonawcy odpowiedzialnością za te okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Artykuł 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.

Zarzut naruszenia **art. 433 pkt 4 ustawy Pzp** jest bardzo często wiązany z naruszeniem przepisów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i jego jednoznaczności. Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie określają bowiem minimalnego zakresu czy wartości świadczenia stron, które powinny być ujęte w projektowanych postanowieniach umowy. Poziom ten będzie wynikał zasadniczo z tego, na ile precyzyjny jest opis przedmiotu zamówienia i na ile umożliwia on należyte skalkulowanie przez wykonawcę oferty.

Artykuł 99 ust. 1 ustawy Pzp

Projektowane postanowienia umowy mogą m.in. w tym zakresie naruszać zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, szczególnie **art. 99 ustawy Pzp**.

Przykład – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. w połączonych sprawach (sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22)

Izba uwzględniła odwołanie, stwierdzając, że [...] *naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych [...] przez brak przewidzenia w opisie przedmiotu zamówienia (warunkach umowy), że skorzystanie przez niego z Opcji Nowych Lokalizacji prowadzące do wskazania nowej Lokalizacji, dla której koszt doprowadzenia usługi sieci WAN PP i zainstalowania urządzeń CE przekracza wysokość zryczałtowanej Opłaty Instalacyjnej ograniczonej do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia (abonamentu), co wykonawca wykaże stosownymi środkami dowodowymi, będzie przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego w trybie art. 388 pkt 2 lit. c tej ustawy, stąd nakazuje dokonanie stosownej zmiany warunków tego zamówienia.*

Szerokim źródłem naruszeń ustawy są przepisy odnoszące się do obowiązkowych klauzul umownych, szczególnie **art. 436 i art. 439 ustawy Pzp**. Na przykład:

Artykuł 436 pkt 1 ustawy Pzp

Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone

w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Przepis ten jest sformułowany w sposób, który na gruncie procesowym powodować powinien konieczność wykazania przez zamawiającego obiektywnej przyczyny dotyczącej wskazania daty wykonania umowy w inny sposób niż w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach (czyli w praktyce – datą kalendarzową). Jest to bowiem wyjątek od zasady i zamawiający musi wykazać istnienie obiektywnej przyczyny uzasadniającej takie, a nie inne określenie daty zakończenia realizacji zamówienia.

Przykład – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2023 r. (sygn. akt: KIO 26/23)

Stosownie do brzmienia przepisu art. 436 pkt 1 ustawy Pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zdaniem Izby – w rozpoznawanym przypadku zachodzi obiektywna przyczyna wynikająca właśnie z okoliczności, na które powołuje się sam Odwołujący, to jest z planowanego okresu wybrania wykonawcy do końca 2022 r. (vide: wniosek o dofinansowanie realizacji projektu z Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa).

Artykuł 436 pkt 3 ustawy Pzp

Projektowane postanowienia umowy muszą przewidywać łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Brak wskazania takiego limitu będzie oczywiście powodował naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, jednak możliwe jest również kwestionowanie – opierając się na dodatkowych podstawach prawnych – także wygórowanego limitu takich kar.

Przykład – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2021 r. (sygn. akt: KIO 2365/21)

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu zmniejszenie limitu wysokości kar umownych do 20% łącznej wartości przedmiotu umowy z wyłączeniem przypadku naliczenia kary umownej za odstąpienie lub rozwiązanie umowy, o którym mowa w pkt 3 litera e), f) oraz g) załącznika nr 11 do wzoru umowy, wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonej zmiany w pozostałych postanowieniach dokumentacji postępowania.

Innymi przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, które mogą zostać naruszone przez zamawiającego, są m.in. art. 439, odnoszący się do obowiązkowej waloryzacji „wskaźnikowej”,



ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY
ZA OPÓŹNIENIE MUSI BYĆ UZASADNIONA
OKOLICZNOŚCIAMI LUB ZAKRESEM
ZAMÓWIENIA, A ZATEM MUSI BYĆ
SFORMUŁOWANA W ODNIESIENIU DO
ŚCIŚLE OKREŚLONYCH OKOLICZNOŚCI.

czy art. 436 pkt 4, określający obowiązkowe postanowienia umowy w przypadku umów zawieranych na czas dłuższy niż 12 miesięcy, ale także przepisy odnoszące się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy płatności częściowych.

Podsumowanie

Powyższe przykłady orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej mają na celu pokazanie jedynie obrazu możliwych rozstrzygnięć w obszarze projektowanych postanowień umowy. W praktyce daje się zauważyć w orzecznictwie nieco większą skuteczność odwołań odnoszących się do projektowanych postanowień umowy w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, co z pewnością związane jest z istotnymi zmianami legislacyjnymi wprowadzonymi przez nową ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Nadal jednak kwestionowanie postanowień wzorca umowy obarczone jest wysokim ryzykiem przegranej ze strony wykonawców. Również koszt skorzystania ze środków ochrony prawnej jest na tyle wysoki, że wykonawcy, rozważając decyzję o złożeniu odwołania, kalkulują szanse wygranej, ale i spodziewany zysk z realizacji zamówienia. Tymczasem o ile odwołanie od wyniku postępowania daje bezpośrednią szansę na wygraną, o tyle skuteczne odwołanie od projektowanych postanowień umowy jedynie otwiera drogę do złożenia oferty (korzystnej – lub czasem w ogóle – jeśli projektowane warunki kontraktowe są całkiem nierynkowe). Nie dają jednak na tym etapie bezpośredniej szansy na wygraną wykonawcy.

Kontrola wykonawców nad projektowanymi postanowieniami umowy w ujęciu chociażby przepisów zakazanych ustawą – Prawo zamówień publicznych, nadal pozostaje, w mojej ocenie, niewystarczająca, choć z pewnością sytuacja jest lepsza niż w latach poprzedzających wejście w życie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych. ◀

Przypisy:

- ¹ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych – <https://bit.ly/42nngfj> [dostęp: 22.04.2023].
- ² *Ibidem*.
- ³ W. Dzierżanowski, [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 554.
- ⁴ J. Jerzykowski, [w:] *Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 554.

Czy zamawiający ma możliwość przekazania zamówienia podwykonawcy?

CORAZ WIĘCEJ FIRM ZMAGA SIĘ Z PROBLEMAMI RZUTUJĄCYMI NA PRAWIDŁOWOŚĆ REALIZOWANIA ZAMÓWIENIA. OSTATNIO TRAFIŁEM WŁAŚNIE NA TAKĄ SPRAWĘ.



Adam Radomski

Adwokat prowadzący własną kancelarię prawną, specjalista w zakresie Prawa zamówień publicznych oraz prawa gospodarczego. Świadczy usługi prawne na rzecz zarówno zamawiających, jak i wykonawców.



Wykonawca nie dawał sobie rady z realizacją zamówienia, podwykonawca zaś na wszelkie możliwe sposoby ratował kontrakt. Nawiązali skuteczną współpracę, tyle że „nieporadny” wykonawca nie tylko utrudniał dynamikę realizacji zamówienia, ale także popadł w problemy finansowe, na skutek czego podwykonawca (podobnie jak zamawiający) obawiał się braku zapłaty wynagrodzenia (zamówienie nie dotyczyło umowy o roboty budowlane).

Ograniczenia i możliwości

Omawiana sytuacja nie jest odosobniona. Co wówczas może zrobić zamawiający? Czy ma prawo przekazać zamówienie podwykonawcy?

WAŻNE

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym **niedopuszczalne jest przekształcenie strony podmiotowej umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegające na zastąpieniu dotychczasowego wykonawcy przez inny podmiot niemający dotychczas tego statusu**, na skutek umowy cesji lub innej czynności prawnej prowadzącej do następstwa prawnego pod tytułem szczególnym, odnoszącym skutek w odniesieniu do danego stosunku prawnego.

Tego rodzaju zachowanie będzie kwalifikowane jako mające na celu próbę obejścia przepisów prawa. Dokonanie takiej czynności niweczyłoby sens prowadzenia postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej, przedstawionej przez wykonawcę spełniającego postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Należy przywołać jednak **art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp**, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

- jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub
- w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia,



ZGODNIE Z ART. 455 UST. 1 PKT 1 USTAWY PZP DOPUSZCZALNE JEST DOKONANIE OKREŚLONYCH ZMIAN UMOWY W SYTUACJI, W KTÓREJ ZMIANY ZOSTAŁY PRZEWIDZIANE W OGŁOSZENIU O ZAMÓWIENIU LUB SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA.

- upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy albo jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub
- w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w **art. 465 ust. 1 ustawy Pzp**.

Zgodnie z **art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp** dopuszczalne jest dokonanie określonych zmian umowy w sytuacji, w której zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, szczególnie możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Powyższe przesłanki nie znajdują zastosowania w omawianej sprawie. Należy jednak wskazać, że w niniejszym przypadku, dążąc do „przekazania” zamówienia podwykonawcy, możliwe jest jednak zastosowanie procedury realizacji zamówienia z wolnej ręki. Każdy inny tryb (określony przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych) prowadzi do konieczności ogłoszenia postępowania przetargowego, wskutek czego dojdzie do:

- niepewności w udzieleniu zamówienia podwykonawcy (gdyż inne konkurencyjne podmioty mogą złożyć korzystniejszą ofertę),
- długiego okresu oczekiwania na rezultat zakończenia postępowania przetargowego i kolejno realizacji umowy z podwykonawcą (o ile podwykonawca złoży najkorzystniejszą ofertę).

Wariant pierwszy

Realizacja zamówienia z wolnej ręki wiązać się będzie z następującymi zdarzeniami:

- 1) zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą porozumienia dotyczącego zakończenia współpracy oraz zrzeczenia się jakichkolwiek roszczeń związanych z zakończeniem współpracy (wyjaśniam, że zrzeczenie, o którym mowa w niniejszym punkcie, dotyczy wyłącznie etapu zakończenia współpracy, a nie etapu, w ramach którego dotychczas była realizowana umowa – mając na względzie zachowanie odpowiedzialności wykonawcy za dotychczas wykonane prace);
- 2) odstąpienie od umowy podwykonawczej przez podwykonawcę, z uwagi na rozwiązanie lub odstąpienie od umowy z zamawiającym;
- 3) zawarcie przez zamawiającego umowy z podwykonawcą o realizację zamówienia z wolnej ręki – przy czym należy pamiętać, że wskutek zawarcia umowy z wolnej ręki przykładowo inny potencjalny konkurent (w tym wykonawca)

uprawniony będzie do złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając brak wystąpienia sytuacji uprawniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

Wariant drugi

Ewentualnie, dlaczego jest to rozwiązanie nierekomendowane:

- 1) złożenie przez zamawiającego odstąpienia od umowy (tu należy dokonać szczególnej analizy umownych przesłanek odstąpienia od umowy, która nierzadko połączona jest z uprawnieniem do naliczenia kary umownej – w analizowanym przeze mnie przypadku wystąpiła możliwość odstąpienia od umowy w sytuacji zwłoki w realizacji umowy powyżej 30 dni),
- 2) odstąpienie od umowy podwykonawczej (jw.),
- 3) zawarcie przez zamawiającego umowy z podwykonawcą (jw.),
- 4) rozważenie możliwości odstąpienia od naliczenia kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy – w przypadku dążeń wykonawcy do złożenia odwołania od czynności, o której mowa w pkt 3). Innymi słowy, jeżeli wykonawca nie złoży odwołania w sprawie, strona dostrzegać będzie możliwość odstąpienia od naliczania kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.

Wariant drugi jest ryzykowny, jednak czasem stanowić może ostateczność, z racji tego, że wykonawca nie będzie zgadzał się na warunki określone w porozumieniu.

Zamówienie z wolnej ręki w orzecznictwie

W konkretnym (omawianym) przypadku należało skupić się na **art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp**, zgodnie z którym:

WAŻNE

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Powyższy przypadek udzielenia zamówienia z wolnej ręki jasno doprecyzowano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 listopada 2022 r. (sygn. akt: XIII Zs 125/22), w którym wskazano, że:

Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku czy ochronę

środowiska. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której centrum onkologii nie wydawałoby posiłków swoim pacjentom z uwagi na nieudzielenie zamówienia publicznego. Ponadto „wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, których wcześniej nie można było przewidzieć” jest przesłanką o charakterze obiektywnym i bezwzględny, przy tym oznacza, że powinny one wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, nie zaś z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

WAŻNE

Istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę natychmiastowości wykonania, jest szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia.

Zważając na odpowiedzialność za zdrowie przebywających w szpitalu pacjentów, zamawiający nie mógł dopuścić do sytuacji, w której nie byłby w stanie zapewnić posiłków przebywającym w szpitalu pacjentom. Bezsprzecznie świadczenie usług żywieniowych dla pacjentów onkologicznych powinno być nieprzerwane ze względu na zagrożenie zdrowia i życia a do tego mogłaby doprowadzić sytuacja braku wykonawcy na świadczenie tychże usług.

Podsumowanie

W związku z tym, aby podwykonawca mógł realizować zamówienie z wolnej ręki, konieczne będzie wykazanie, że:

- niezakłócona realizacja zamówienia doprowadzi do niepowetowanych szkód majątkowych, w tym wpłynie na wiele negatywnych zjawisk po stronie zamawiającego. Innymi słowy, w przypadku gdyby zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, opóźnienia te będą niekorzystne dla losów realizacji zamówienia,
- doszło do nagłej lub nieprzewidywalnej sytuacji, uprawniającej zamawiającego do odstąpienia od umowy i kolejno zawarcia umowy w ramach zamówienia z wolnej ręki.

Wobec tego, w przypadku dążenia zamawiającego oraz podwykonawcy do współpracy w realizacji zamówienia, warto przeanalizować:

- Czy wykonawca jest przykładowo w zwłocie w realizacji umowy, czy nastąpiły ważne nieprzewidziane okoliczności wpływające na realizację zamówienia? Czy może występują inne przesłanki umowne uprawniające zamawiającego do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy?
- Jakie będą skutki wstrzymania realizacji umowy? Czy może to doprowadzić do wielu negatywnych skutków? Jeśli tak, to jakich? Czy niezbędne jest zatem realizowanie umowy w sposób ciągły? ◀

Na stronie internetowej orgbud.pl zamieszczony został poniższy artykuł (nie podano autora), który – zdaniem redakcji „Monitora Zamówień Publicznych” – może być istotnym narzędziem pracy zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców. Zachęcamy również do korzystania z innych informacji, dotyczących np. baz cenowych, specyfikacji technicznych czy kosztorysowania.

Przepisy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia

OD BLISKO DWÓCH LAT BUDOWLAŃCY ZMAGAJĄ SIĘ Z GWAŁTOWNYM WZROSTEM CEN ROBÓT BUDOWLANYCH SPOWODOWANYCH UTRZYMUJĄCĄ SIĘ PANDEMIĄ KORONAWIRUSA, KRYZYSEM ENERGETYCZNYM ORAZ DZIAŁANAMI ZBROJNYMI W UKRAINIE.



Wykonawcy obawiają się utracenia płynności finansowej na skutek coraz bardziej rosnących cen na surowce i materiały budowlane, stawek za energię oraz paliwo, kosztów pracowni-
czych, co razem wpływa, w warunkach postępującej inflacji, na potencjalną możliwość upadłości przedsiębiorstw. Z kolei inwestorzy i zamawiający obawiają się przerwania procesów inwestycyjnych i zejścia wykonawców z budów, co zawsze generuje koszty związane z koniecznością zabezpieczenia niedokończonych inwestycji, szukania nowych realizatorów przedsięwzięć budowlanych i koniecznością wprowadzania nowych partnerów w niedokończone zadania.

Z tych przyczyn coraz częściej odnotowuje się współdziałanie stron procesu inwestycyjnego w poszukiwaniu rozwiązań pozwalających na zwiększenie wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacji niespodziewanych i znacznych zmian cen na rynku, które występują obecnie. Chodzi tu zarówno o kontrakty, w których brak jest klauzul waloryzacyjnych, jak i o kontrakty, w których klauzule pozwalają na niewielką tylko zmianę wynagrodzenia.

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych

W związku z zaistniałą sytuacją Urząd Zamówień Publicznych opublikował w marcu 2022 r. na swojej stronie internetowej szeroko omawianą w środowisku budowlanych opinię Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp. W opinii tej jasno przedstawiono przesłanki umożliwiające zmianę umowy, również w części dotyczącej zmiany wynagrodzenia – bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak podkreślił Urząd Zamówień Publicznych, na realizację długoterminowych zamierzeń, tak jak w przypadku przedsięwzięć budowlanych, ma wpływ wiele zewnętrznych czynników gospodarczych i społecznych, które nabierają szczególnego znaczenia w sytuacji nałożenia na instytucje publiczne licznych obowiązków mających swoje źródło w zarządzaniu finansami publicznymi. Przy zmianie tych czynników (np. zaburzenie stosunków gospodarczych przez powstały w 2022 r.



SPOSÓB ZMIANY WYNAGRODZENIA MOŻE BYĆ USTALONY Z UŻYCIEM WSKAŹNIKA ZMIANY CEN MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW, SZCZEGÓLNIE WSKAŹNIKA OGŁASZANEGO W KOMUNIKACIE PREZESA GŁÓWNEGO URZĘDU STATYSTYCZNEGO.



W SIERPNIU 2022 R. PROKURATORIA GENERALNA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ OPUBLIKOWAŁA WSKAZÓWKI DOTYCZĄCE WALORYZACJI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W DOKUMENCIE ZMIANA UMOWY Z UWAGI NA NADZWYCZAJNY WZROST CEN (WALORYZACJA WYNAGRODZENIA) – PODSTAWOWE ZAGADNIENIA.

konflikt zbrojny w Ukrainie) istotne jest dokonanie przez zamawiających analizy i oceny tych zmian pod kątem wystąpienia przesłanek prawnych dających podstawę zmiany wynagrodzenia.

WAŻNE

W świetle obowiązujących przepisów – jeśli nawet będą podstawy zmiany wynagrodzenia, to zamawiający może, ale nie musi, wyrazić zgodę na zmianę wynagrodzenia.

Ten fakt zapewne przyczynił się do wydania kolejnej opinii, tym razem przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej.

Opinia Prokuratorii Generalnej

W sierpniu 2022 r. Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej opublikowała wskazówki dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w dokumencie Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) – podstawowe zagadnienia.

WAŻNE

Celem opracowania tego dokumentu przez Prokuratorię Generalną było syntetyczne ujęcie wskazówek dotyczących stosowania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy przez Skarb Państwa lub inny podmiot publiczny z perspektywy dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz gospodarności działania (wydatków) zamawiającego.

Mając na uwadze uprawnienie zamawiającego, a nie obligatoryjną konieczność zmiany wynagrodzenia w sytuacji pojawienia się ustawowej przesłanki, Prokuratoria Generalna podkreśliła konieczność kierowania się w tej sprawie interesem publicznym. Oznacza to, że zamawiający, podejmując decyzję

o podwyższeniu wynagrodzenia wykonawcy, powinien dokonać analizy opłacalności zmiany umowy. Z jednej strony powinien uwzględnić wszelkie koszty, które poniesie przy scenariuszu upadłości wykonawcy czy z tytułu odstąpienia wykonawcy od umowy i ponowienia procedury postępowania o udzielenie zamówienia, z drugiej zaś – dokonać analizy żądań finansowych wykonawcy.

WAŻNE

Działaniem, które można ocenić jako niegospodarne, zdaniem Prokuratorii Generalnej, byłaby odmowa podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy mimo spełnienia przesłanek wynikających z ustawy – Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca może, choćby potencjalnie, żądać podwyższenia wynagrodzenia na podstawie art. 357 lub art. 632 par. 2 Kodeksu cywilnego.

Należy jednak zauważyć, że stanowisko Prokuratorii Generalnej nie jest w randze przepisów prawnych, a odpowiedzialność za podejmowane decyzje ponosi sam zamawiający.

Ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców

W związku z rosnącą z dnia na dzień liczbą pozwów o podniesienie wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację robót budowlanych czy liczbą spraw spornych napływających do Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej ukazały się przepisy stanowiące wprost o możliwości zmiany wynagrodzenia w zaistniałych w Polsce okolicznościach ekonomiczno-gospodarczych. Znaleźć je można w ustawie z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r., poz. 2185). Nowe regulacje weszły w życie 10 listopada 2022 r.

Na podstawie art. 44 tej ustawy zostały zmienione dwa artykuły w Prawie zamówień publicznych, mianowicie w:

- art. 439 ust. 1, dotyczącym czasu trwania umowy o roboty budowlane i konieczności zawarcia w niej postanowień w sprawie zasad zmian wysokości wynagrodzenia należnego



ZAMAWIAJĄCY, PODEJMUJĄC
DECYZJĘ O PODWYŻSZENIU
WYNAGRODZENIA WYKONAWCY,
POWINIEN DOKONAĆ ANALIZY
OPŁACALNOŚCI ZMIANY UMOWY.



STANOWISKO PROKURATORII GENERALNEJ
NIE JEST W RANDZE PRZEPISÓW PRAWNYCH,
A ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PODEJMOWANE
DECYZJE PONOSI SAM ZAMAWIAJĄCY.

wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – w tym artykule skrócono czas trwania umowy z 12 miesięcy do sześciu miesięcy. Oznacza to konieczność wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych do umowy w sytuacjach, gdy termin umowy jest dłuższy od sześciu miesięcy.

W artykule tym rozszerzono obowiązek przewidywania klauzul waloryzacyjnych również w umowach dotyczących dostaw.

- art. 455 ust. 1 pkt 4, dotyczącym zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia – w artykule tym znalazło się obecnie sformułowanie, które nie budzi już żadnych wątpliwości stron procesu inwestycyjnego co do sytuacji, w których można dokonać zmiany umowy.

WAŻNE

Obecnie dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, o ile zmiana ta nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Przed wprowadzeniem tego przepisu podstaw zastosowania waloryzacji wynagrodzenia na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało szukać w rekomendacjach Prokuratorii Generalnej (w dokumencie cytowanym w niniejszym artykule).

Opisane zmiany, zgodnie z art. 75 ustawy zmieniającej, nie odnoszą się do postępowań o udzielenie zamówienia oraz konkursów wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców. Do tych postępowań stosuje się dotychczasowe brzmienie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Jeżeli jednak umowa dotycząca zamówienia publicznego zawarta została przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej i jest w trakcie realizacji, to w przypadku istotnej zmiany cen materiałów

i kosztów, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, stosuje się art. 48 ustawy zmieniającej.

Oznacza to ogólnie możliwość zmiany umowy o roboty budowlane bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, polegającej na:

- zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy,
- dobudowaniu postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy – w przypadku umów, które nie zawierają takich postanowień,
- zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, szczególnie w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia – w przypadku umów, które zawierają takie postanowienia,
- zmianie postanowień umowy dotyczących jej wykonania, szczególnie dotyczących:
 - zakresu świadczenia wykonawcy, z czym może wiązać się odpowiadająca jej zmiana wynagrodzenia wykonawcy lub sposobu rozliczenia tego wynagrodzenia,
 - terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowego zawieszenia wykonywania umowy bądź jej części,
 - sposobu wykonywania umowy,

o ile wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Według **art. 48 ust. 2** – w przypadku gdy zmiana umowy dotyczy zmiany wynagrodzenia wykonawcy, strony ponoszą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach, a sposób zmiany wynagrodzenia może być ustalony z użyciem wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, szczególnie wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Tak więc obie strony ponoszą koszty zwiększonego wynagrodzenia wykonawcy, lecz decyzyjność w kwestii rozdziału tych kosztów ustawodawca pozostawił stronom procesu inwestycyjnego, podobnie jak wybór sposobu ustalenia zmiany



GŁÓWNE ZMIANY, KTÓRE WPROWADZIŁA USTAWA ZMIENIAJĄCA Z 2022 R., STRONY PROCESU INWESTYCYJNEGO, KTÓRE ZAWARŁY UMOWĘ PRZED DNIEM WEJŚCIA W ŻYCIE USTAWY, TJ. 10 LISTOPADA 2022 ROKU, MOGĄ USTALIĆ W SYTUACJI WYSOKICH I NIEOCZEKIWANYCH WZROSTÓW CEN NA RYNKU.



WZROST WYNAGRODZENIA NIE MOŻE POKRYWAĆ EWENTUALNEGO NIEDOSZACOWANIA WYSOKOŚCI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA PRZEZ WYKONAWCĘ, KTÓRY OBNIŻYŁ SVOJE WYNAGRODZENIE W POSTĘPOWANIU PRZETARGOWYM, CHCĄC POZYSKAĆ ZAMÓWIENIE.

wynagrodzenia. Wprawdzie wskazuje on na dane GUS-u, ale nie są one narzucane do obligatoryjnego stosowania.

Artykuł 48 ust. 3 nakazuje wykonawcy, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 pkt 1–3, dokonanie zmiany wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo.

Podsumowanie

Główne zmiany, które wprowadziła **ustawa zmieniająca z 2022 r.**, strony procesu inwestycyjnego, które zawarły umowę przed dniem wejścia w życie ustawy, tj. 10 listopada 2022 roku, mogą ustalić w sytuacji wysokich i nieoczekiwanych wzrostów cen na rynku:

- nowe warunki zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, bez względu na to, czy w umowie były klauzule waloryzacyjne, czy też nie, w tym sposób zmiany wynagrodzenia (niekoniecznie na podstawie wskaźników GUS). Tak więc można również brać pod uwagę wskaźniki publikowane przez firmy monitorujące rynek budowlany pod kątem cen i kosztów (m.in. Athensoft Sp. z o.o. Orgbud-Serwis Sp. z o.o., OWEOb Promocja Sp. z o.o.),
- wielkość ponoszonego ryzyka przez obie strony z tytułu zmiany wynagrodzenia.

Należy jednak nadmienić, że wzrost wynagrodzenia nie może pokrywać ewentualnego niedoszacowania wysokości przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, który obniżył swoje wynagrodzenie w postępowaniu przetargowym, chcąc pozyskać zamówienie, nie powinien również, naszym zdaniem, mając na uwadze orzecznictwo sądowe, odnosić się do zmiany (wzrostu) zysku w sytuacji, gdy prowadzone są między stronami negocjacje w sprawie pokrycia poniesionych strat z tytułu realizacji świadczenia umownego. ◀

Źródło: www.orbud.pl
Dodane: 19 kwietnia 2023 r.
Oprac. ECA.

Opieka nad zmarłymi w trybie z wolnej ręki

ZGODNIE Z ART. 213 UST. 1 USTAWY Z DNIA 11 WRZEŚNIA 2019 R. – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH [T.J.: DZ. U. Z 2022 R., POZ. 1710 Z PÓŻN. ZM.] ZAMÓWIENIE Z WOLNEJ RĘKI TO TRYB UDZIELENIA ZAMÓWIENIA, W KTÓRYM ZAMAWIAJĄCY UDZIELA ZAMÓWIENIA PO NEGOCJACJACH TYLKO Z JEDNYM WYKONAWCĄ. WOBEC TEGO ZAMÓWIENIE Z WOLNEJ RĘKI JEST UZNAWANE JAKO TRYB SZCZEGÓLNY, STOSOWANY W SYTUACJACH, GDY ZASTOSOWANIE INNEGO, KONKURENCYJNEGO TRYBU POSTĘPOWANIA NIE JEST MOŻLIWE.



Zastosowanie tego trybu jest dopuszczane tylko w szczególnych przypadkach wymienionych w ustawie – Prawo zamówień publicznych, których zamknięty katalog zawiera **art. 214 ust. 1 ustawy Pzp**. Stosownie do art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie **art. 214 st. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp** wymaga kumulatywnego spełnienia zawartych w nim przesłanek. Wobec tego należy wskazać, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki „z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, istnieniem jego specyficznych cech technicznych, powodujących, że na rynku występuje tylko jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, a więc istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw, usług lub robót budowlanych. Spełnienie tej przesłanki musi wynikać z obiektywnych okoliczności, a nie subiektywnego przekonania zamawiającego.

Do prawidłowego zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z przyczyn technicznych nie jest zatem wystarczające wykazanie, że dany wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie bardziej efektywnie ani że posiada większe doświadczenie i możliwości organizacyjne niż inni wykonawcy występujący na rynku.

WAŻNE

Zamawiający chcący skorzystać z uprawnienia do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp musi wykazać, że wyłącznie dany wykonawca jest w stanie to zamówienie wykonać.

W tym celu konieczne jest obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w konkretnej sytuacji, w odniesieniu do danego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy byliby w stanie zrealizować zamówienie. Występowanie na rynku co najmniej dwóch podmiotów mogących potencjalnie zrealizować dane zamówienie wyklucza zastosowanie przedmiotowego trybu.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że wspomniane „przyczyny techniczne” muszą dotyczyć nie tylko aspektów technicznych danego zamówienia, ale mieć też taki charakter, aby zamawiający mógł obiektywnie wykazać, że wykonanie tego zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a także że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Powoływanie się



ZAKRES POSZUKIWAŃ POTENCJALNYCH WYKONAWCÓW BĘDĄCYCH W STANIE ZREALIZOWAĆ DANE ZAMÓWIENIE NIE POWINIEN BYĆ Z GÓRY ZAWĘŻANY TERYTORIALNIE, LECZ POWINIEN WYNIKAĆ Z POSZUKIWAŃ ROZSĄDNYCH ROZWIĄZAŃ ALTERNATYWNYCH, KTÓRE W ZALEŻNOŚCI OD PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, JEGO SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ ORAZ BIEŻĄCEJ SYTUACJI RYNKOWEJ BĘDĄ PRZYBIERAŁY ZRÓŻNICOWANY ZASIĘG.

zatem na szczególny charakter danego zamówienia, jego złożony charakter bądź czas realizacji będzie niewystarczające do spełnienia przesłanek zawartych w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Na zamawiającym chcącym skorzystać z powyższego wyjątku od przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym ciąży obowiązek wykazania, że tylko jeden wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, tj. że nie istnieją żadne racjonalne rozwiązania alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia, szczególnie przez opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający dyspozycję **art. 99 ust. 4 ustawy Pzp**. Zakres poszukiwań potencjalnych wykonawców będących w stanie zrealizować dane zamówienie nie powinien być z góry zawężany terytorialnie, lecz powinien wynikać z poszukiwań rozsądnych rozwiązań alternatywnych, które w zależności od przedmiotu zamówienia, jego specyfikacji technicznej oraz bieżącej sytuacji rynkowej będą przybierały zróżnicowany zasięg. Jeżeli w wyniku tych poszukiwań zamawiający stwierdzi, że istnieje na rynku co najmniej dwóch potencjalnych wykonawców, to powinien zrezygnować z udzielenia zamówienia w powyższym trybie.

WAŻNE

Zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp zarówno w przypadku ustalenia wartości zamówienia w kwocie równej progom określonym w art. 3 ustawy Pzp lub przekraczającej te progi, jak i w przypadku zamówień o wartości nieprzekraczającej progów unijnych – przez odesłanie zawarte w art. 305 ust. 1 ustawy Pzp.

Bez ustawowych przesłanek

Zamawiający wszczął, przekazując zaproszenia do negocjacji Z. Sp. z o.o., postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie **art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp** na usługę administracji i zarządzania cmentarzami na terenie Gminy Jastrowie. 31 marca 2021 r. została zawarta między zamawiającym a wykonawcą umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, w łącznej kwocie 156 965 zł 40 groszy brutto. W punkcie piątym protokołu postępowania zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, że:

WAŻNE

Zamawiający postanawia udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, Spółce komunalnej Z. Sp. z o.o., w której gmina: posiada 100% udziałów, sprawuje nadzór nad organem zarządzającym, ma prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Spółka została powołana dla zaspokajania potrzeb Gminy i wypełniania jej zadań własnych w zakresie świadczenia usług komunalnych.

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym w art. 7 ust. 1 pkt 13 stanowi, że zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. Szczególnie zadania własne obejmują sprawy:

13) cmentarzy gminnych.

Na podstawie **art. 9 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym** w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi.

Z kolei **ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej w art. 2** stanowi, że: *[...] gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego.*

Gmina Jastrowie dla zaspokajania potrzeb w zakresie wykonywania niektórych zadań własnych powołała do tego celu przedsiębiorstwo komunalne, które uzbroidła w odpowiednie mienie majątkowe i finansowe, stwarzając możliwości wykonywania tych zadań. Powołana spółka Z. Sp. z o.o. ma zapisany w statucie spółki zakres zadań i odpowiedzialności, w tym m.in. zajmuje się:

- odbiorem i oczyszczaniem ścieków (dysponuje trzema oczyszczalniami ścieków/kolektorami kanalizacyjnymi),
- wywozem nieczystości stałych i płynnych (dysponuje samochodem specjalistycznym oraz ciągnikami z przyczepami i beczką asenizacyjną),

- oczyszczaniem kratek ściekowych i udrażnianiem kanalizacji sanitarnej i burzowej (dysponuje mobilnym urządzeniem DIBO),
- utrzymaniem terenów zielonych,
- usługami pogrzebowymi na terenie cmentarzy w Jastrowiu, Sypniewie i Brzeźnicy,
- sprzedażą trumien, utensyliów pogrzebowych, pojemników oraz innych materiałów,
- remontowaniem ulicy, chodników i placów.

Mając na względzie ujednolicenie wykonywania zadania własnego w zakresie utrzymania cmentarzy gminnych, uzasadnione jest, aby spółka objęła również usługi związane z administrowaniem i zarządzaniem cmentarzami komunalnymi w Jastrowiu, Sypniewie, Brzeźnicy i Nadarzycach. Usługi administrowania i zarządzania polegać mają na utrzymaniu porządku na cmentarzach, dozorcze cmentarzy i domu pogrzebowego w Jastrowiu, usuwaniu odpadów gromadzonych z okazji Święta Zmarłych i na bieżąco: prowadzeniu robót konserwacji i remontów budynku domu pogrzebowego, naprawie zainstalowanych urządzeń i instalacji, dostawie wody na cmentarzu. Do zadań spółki należy również przycinanie drzew lub ich usuwanie, wywóz różnych odpadów z terenów cmentarzy. Spółka ma odpowiednio przygotowane służby i administrację, jest wyposażona w urządzenia i pojazdy specjalne do wykonywania całościowej obsługi cmentarzy.

Zlecenie wykonywania przez spółkę administrowania i zarządzania cmentarzami jest racjonalnie uzasadnione, za czym przemawia posiadane duże doświadczenie w administrowaniu obiektami i robotami oraz posiadane wyposażenie techniczne, gwarantujące całościowe zarządzanie cmentarzami i obiektami na nich wybudowanymi. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki spółce komunalnej gminy jest uzasadnione z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze i jest to najbardziej rozsądne rozwiązanie. Podzielenie zamówienia na części (cmentarze) nie ma racjonalnego uzasadnienia i stanowiłoby utrudnienie zarówno organizacyjne, jak i techniczne – zwłaszcza że spółka gminy jest jedynym dostawcą wody i jedynym odbiorcą ścieków i odpadów komunalnych. Jednak wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że:

WAŻNE

zamawiający niesłusznie uznał, że w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Analiza dokumentacji przedmiotowego postępowania i wyjaśnień złożonych przez zamawiającego dowiodła, że nie przeprowadził on analizy rynku w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia (usługa administrowania i zarządzania cmentarzami gminy)

pod kątem możliwości realizacji zamówienia przez innych wykonawców działających w tym segmencie rynku. Wobec tego stwierdzono, że:

WAŻNE

podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki, nie kierował się przesłankami obiektywnymi, a jedynie własnym subiektywnym przekonaniem, że udzielenie przedmiotowego zamówienia własnej spółce komunalnej jest racjonalnie uzasadnione ze względu na posiadane przez nią doświadczenie w administrowaniu obiektami i robotami, posiadane wyposażenie techniczne gwarantujące całłościowe zarządzanie cmentarzami i obiektami na nich wybudowanymi, oraz okolicznością, że spółka ta jest jedynym dostawcą wody i jedynym odbiorcą ścieków i odpadów komunalnych.

W przedmiotowej sprawie nie mamy zatem do czynienia z sytuacją faktycznego monopolu wykonawcy, ale celowym działaniem zamawiającego i jego subiektywnym przekonaniem, że takie rozwiązanie jest racjonalnie uzasadnione. Taka ocena zdarzeń nie upoważnia jednak do przyjęcia, że zamówienie może być udzielone na podstawie omawianej przesłanki w trybie z wolnej ręki. Należy bowiem wskazać, że obowiązkiem zamawiającego było wykazanie, że tylko wybrany wykonawca jest w stanie zamówienie wykonać i jednocześnie nie istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je zrealizować.

Podane przez zamawiającego argumenty wskazują, że przy wyborze omawianej przesłanki, zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, kierował się wyłącznie wewnętrznym przekonaniem, że z uwagi na przyczyny organizacyjne spółka komunalna Gminy i Miasta Jastrowie będzie w stanie najlepiej wykonać niniejsze



„PRZYZYNY TECHNICZNE”

MUSZĄ DOTYCZYĆ NIE TYLKO ASPEKTÓW TECHNICZNYCH DANEGO ZAMÓWIENIA, ALE TAKŻE MIEĆ TAKI CHARAKTER, ABY ZAMAWIAJĄCY MÓGŁ OBIEKTYWNE WYKAZAĆ, ŻE WYKONANIE TEGO ZAMÓWIENIA PRZEZ INNEGO WYKONAWCĘ JEST ZE WZGLĘDÓW TECHNICZNYCH RZECZYWIŚCIE NIEMOŻLIWE, A TAKŻE ŻE TA NIEMOŻLIWOŚĆ MA CHARAKTER NIEPRZEWYCIĘŻALNY.

zamówienie. Uzasadnieniem do zastosowania omawianej przesłanki nie może być również potrzeba ujednolicenia zadań własnych gminy i w konsekwencji udzielenie przedmiotowego zamówienia własnej spółce komunalnej. Tymczasem usługa administrowania i zarządzania cmentarzami stanowi usługę powszechnie dostępną, a na rynku są firmy, które mogą ją świadczyć.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej

Zarówno orzecznictwo, jak i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazują, że przyczyny organizacyjne, na które powołał się zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu postępowania, nie mogą być podstawą zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie **art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp**.

WAŻNE

Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne czy gospodarcze, które nie mają tu zastosowania.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 8 grudnia 2020 r. (sygn. akt: KIO/KD 54/20) podkreśliła, że: *[...] przyczyn technicznych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ZamPublU¹ nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi czy też społecznoymi* (tak również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt: KIO/KD 18/18)¹. Wobec powyższego:

WAŻNE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ wykonawca – Z. Sp. z o.o., któremu udzielono przedmiotowego zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. ◀

Źródło: „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2022, nr 3.

Oprac. ECA

Przypis:

¹ Interpretacja art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zawarta w orzecznictwie i doktrynie znajduje zastosowanie również do obecnie obowiązującego art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, gdyż treść tego przepisu nie ulega zmianie.

ORZECZNICTWO

Wygodna i prosta wyszukiwarka

Bogate orzecznictwo

Codzienna aktualizacja

Opracowania – ciekawe tezy

KALKULATOR TERMINÓW

Wizualizacja w kalendarzu

TERMINY:

związania z ofertą

składania ofert

zadawania pytań i odpowiedzi

składania odwołań

NOWOŚĆ!

WZORY DOKUMENTÓW

Twórz dokumenty
na podstawie danych z BZP

Jak to działa?

Wybierasz postępowanie

Wybierasz wzór

Dopisujesz swoje dane

Pobierasz wypełniony dokument

KWALIFIKOWANA USŁUGA WALIDACJI

Wiarygodne potwierdzenie
ważności podpisu (podpisany dowód)

Rozstrzygnięcie przy różnych
wynikach w programach do weryfikacji

Wsparcie przy interpretacji raportów



SzuKIO.pl
Zamówienia Publiczne



34 343 50 28



szukio@szukio.pl



szukio.pl

Wyroki na SzuKIO.pl/ciekawe

PRZEDSTAWIAMY WYBÓR WYROKÓW KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ, KTÓRE ZOSTAŁY WYDANE W PIERWSZYM PÓŁROCZU 2023 R. ICH ANALIZA POWINNA UŁATWIĆ INTERPRETACJĘ USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.

Lub równoważny KIO 361/23

Skoro Odwołujący na etapie składania oferty nie wskazał na oferowanie rozwiązania równoważnego, Zamawiający był uprawniony do przyjęcia, że wykonawca oferuje rozwiązanie wskazane jako podstawowe.

[...] Odwołujący [...] dopiero na etapie składania wyjaśnień potwierdził, że oferuje produkt równoważny. [...] Nie budziło wątpliwości Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia każdy wykonawca, decydując się na zaoferowanie rozwiązań równoważnych do wskazanych w OPZ, winien był wraz z ofertą wykazać, że spełniają one oczekiwania Zamawiającego w zakresie wymaganych parametrów równoważności. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący powyższego nie uczynił.

WAŻNE

Izba dostrzega niefortunne sformułowanie Zamawiającego dotyczące przedstawienia rozwiązań równoważnych w Formularzu ofertowym, niemniej nic nie stało na przeszkodzie, aby załączyć dodatkowy dokument wskazujący na produkt równoważny i wykazujący tę równoważność.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, o ile sam formularz ofertowy nie zawierał rozwijalnych pozycji dodatkowych, to jednak funkcjonalność systemu, za pośrednictwem którego składane są oferty, w pełni umożliwiała dodanie przez wykonawców załączników do oferty. Z tej możliwości skorzystał Przystępujący, który jako jedyny, zgodnie z wymogami SWZ, wskazał na oferowanie rozwiązania równoważnego i załączył dowody, wykazujące spełnienie przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego. Odwołujący, korzystając z systemu zakupowego, był w stanie załączyć do oferty załączniki, zatem był w stanie również załączyć dowody celem wykazania równoważności. [...] Izba przyznała także rację Zamawiającemu, że twierdzenia Odwołującego wskazujące na złożenie przez niego oświadczenia o akceptacji SWZ, zobowiązania do realizacji zamówienia

na warunkach w nim określonych oraz konieczności utożsamiania powyższych z udowodnieniem, że zastosowany materiał (w tym równoważny) będzie spełniał warunki Zamawiającego, są chybione. W niniejszym stanie faktycznym niewystarczające było złożenie ogólnej deklaracji o zgodności oferty z wymogami SWZ, a niezbędna była konkretyzacja złożonego oświadczenia poprzez wskazanie i wykazanie równoważności oferowanego rozwiązania.

Przedmiotowe środki dowodowe KIO 350/23

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego.

[...] zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach, co do zasady, pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. [...] Przystępujący w zakresie wskazanym przez Zamawiającego terminie ani nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wskazanych wprost w SWZ i treści wezwania, ani nie wykazał, że obiektywnie rzecz biorąc jako wykonawca oferujący w tych trzech przypadkach nieoryginalne materiały eksploatacyjne nie ma ani dostępu do sprawozdań z badań wykonanych przez akredytowaną jednostkę oceniającą zgodność, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie. W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, który nie wykazał w tych trzech przypadkach, że oferowane przez niego materiały eksploatacyjne są równoważne pod względem wydajności oryginalnym materiałom eksploatacyjnym.

Opis przedmiotu zamówienia KIO 353/23

Nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania sytuacja, w której zamawiający chciałby jeszcze doprecyzować przedmiot zamówienia w celu właściwszego zabezpieczenia realizacji własnych potrzeb.

Zgodzić się należy z Odwołującym, iż Zamawiający wadę postępowania zrównuje z dostrzeżonymi brakami w opisie przedmiotu zamówienia, który w sposób niepełny zaspokaja jego aktualnie zidentyfikowane potrzeby. W ocenie Izby, okoliczności stanowiące podstawę unieważnienia postępowania nie stanowią naruszeń kwalifikowanych niezgodności z przepisami Pzp. [...] Być może zamawiający rzeczywiście, po ponownym przeanalizowaniu swoich potrzeb, uznał, iż mógł opisać przedmiot zamówienia w sposób trochę lepiej odpowiadający tym potrzebom. Nie jest to jednak żadna wada postępowania, a rezultat niedoskonałości procesu weryfikacji swoich potrzeb przez zamawiającego.

Przedmiot zamówienia został opisany w opisie przedmiotu zamówienia tak, że nie budził on specjalnych wątpliwości wykonawców. Świadczy o tym m.in. brak pytań w tym zakresie zgłoszonych przez wykonawców. [...] Trudno uznać, że pozostawienie przez Zamawiającego częściowej swobody w zakresie kolorystyki filamentów i ich innych właściwości, wykonawcom, stanowi naruszenie ustawy Pzp, a tym bardziej powoduje nieporównywalność ofert czy też wystąpienie w postępowaniu wady o charakterze istotnym i nieusuwalnym. W każdym przedmiocie zamówienia są obszary, które w pewnym zakresie pozostawiają wykonawcom swobodę doboru parametrów. Jeśli parametr ten był istotny z punktu widzenia Zamawiającego, [to Zamawiający] winien z należytą starannością ujawnić swe potrzeby w dokonanym opisie. Braki w tym zakresie, dostrzeżone przez Zamawiającego w toku postępowania nie mogą obarczać wykonawców i stanowić podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż dawałoby to możliwość Zamawiającym do unieważnienia tak naprawdę każdego postępowania o udzielenie zamówienia, co z kolei mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.



USTAWA NIE UPRAWNIA ZAMAWIAJĄCEGO DO WZYWANIA O UZUPEŁNIENIE DOKUMENTU WADIALNEGO, A TYM SAMYM NIE JEST MOŻLIWE PRZYJĘCIE, NA JAKICH ZASADACH NALEŻAŁOBY OCENIAĆ DOKUMENT ZŁOŻONY Z NARUSZENIEM TERMINU WSKAZANEGO W WEZWANIU DO PRZEDŁUŻENIA WAŻNOŚCI WADIUM.

Prawo uzupełnienia dokumentów KIO 348/23

Same nazwy zadań nie mogą być jednoznaczną podstawą do uznania, że określona inwestycja nie wpisywała się w zakres warunku udziału w postępowaniu.

Oczywiste jest jednak, że nazwy inwestycji nie biorą się jednak znikąd – i co do zasady – choćby w przybliżonym stopniu określają charakter danej roboty. Z tego względu, Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do sposobu, w jaki wykonawca [...] wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsze z wymienionych przez [...] zadań mogło dotyczyć obiektu, który nie musiał być obiektem użyteczności publicznej, pozostałe – opierając się wyłącznie na nazwie – mogły dotyczyć remontów i przebudów, a nie budowy. [...] Na obecnym etapie postępowania nie można jednak przesądzić, czy [...] rzeczywiście nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z całą pewnością, w obliczu ustalonych faktów należy uznać, że czynność wyboru oferty wykonawcy [...] była przedwczesna. Zamawiający powinien przede wszystkim wykorzystać dostępne mu narzędzia i najpierw ustalić, czy wskazane wyżej zadania rzeczywiście mogły zostać uznane za potwierdzenie spełnienia przez [...] warunków udziału w postępowaniu. Ponadto wykonawca [...] nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów, a zatem, nawet gdyby okazało się, że ww. zadania nie dają podstawy do uznania, że warunki udziału zostały przez wykonawcę spełnione, to przysługuje mu prawo do takiego uzupełnienia. [...] obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne ustalenie, czy wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i wyciągnięcie z tego ustalenia właściwych konsekwencji.

Odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji KIO 317/23

O ile wykonawca przyjmuje odpowiedzialność za jakość robót wykonanych przez siebie lub za pomocą podwykonawców, to nie może on gwarantować tego, co z przedmiotem robót, w przypadku rozwiązania lub odstąpienia od umowy, zrobi podmiot trzeci.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 29 ust. 6 WU: W razie rozwiązania lub odstąpienia od umowy rękojmi i gwarancja obowiązują w zakresie wykonanych i odebranych robót, a Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji powołując się na ingerencję podmiotów trzecich, kontynuujących realizację robót na zlecenie Zamawiającego, w wykonane przez niego roboty. W takim przypadku okres rękojmi rozpoczyna bieg od dnia podpisania protokołu odbioru Robót zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy. [...] W ocenie Izby zostało wykazane, że zaskarżone postanowienie powoduje obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu rękojmi i gwarancji

w sposób sprzeczny z naturą tego stosunku. Na podstawie tego postanowienia Zamawiającemu przysługiwałyby wobec wykonawcy roszczenia nawet w sytuacji, gdyby określona wada powstała w wyniku działania podmiotu trzeciego, w tym z jego wyłącznej winy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ingerencja nowego wykonawcy może skutkować uszkodzeniem robót wykonanych przez poprzedniego wykonawcę.

Podkreślenia wymaga, że odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji odnosi się do wad przedmiotu umowy wykonanego przez wykonawcę. [...] W sytuacji ingerencji w przedmiot umowy przez inny podmiot wykonawca nie ma żadnego wpływu na rodzaj i zakres zmian oraz prawidłowość ich wykonania.

WAŻNE

Żądanie, aby wykonawca z góry zrzekł się możliwości powołania na odpowiedzialność innych podmiotów, jest ze strony Zamawiającego nadużyciem i przekracza dopuszczalne granice swobody umów.

Zamawiający bowiem, korzystając z tego, że jest uprawniony do ukształtowania postanowień umowy, w swoim interesie, ale sprzecznie z istotą odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji, próbuje spowodować, że uzyska od wykonawcy zaspokojenie roszczeń nawet bez potrzeby ustalania, czy podmiot trzeci nie uszkodził przedmiotu robót.

Zobowiązania ubezpieczeniowe KIO 242/23, KIO 305/23

Gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na jednego z członków konsorcjum nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, a tym samym nie jest prawidłowa, gdyż konieczne jest objęcie treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum.

W ocenie składu orzekającego Izby konieczne było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl **art. 58 ust. 1 w związku z ust. 5 Pzp**), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku „gwarancyjnego” działa



[...] OBOWIĄZKIEM ZAMAWIAJĄCEGO
JEST JEDNOZNACZNE USTALENIE,
CZY WYKONAWCA WYKAZAŁ SPEŁNIENIE
WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU
I WYCIĄGNIĘCIE Z TEGO USTALENIA
WŁAŚCIWYCH KONSEKWENCJI.

także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców – którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę – po to, aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (jako beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta – zakład ubezpieczeń – w przypadku, gdy zobowiązany – zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nimi powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem składu orzekającego Izby w tej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że Zamawiający, z uwagi na nieścisłości co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją. A raz jeszcze zwrócić należało na to uwagę, że sytuacja taka nie ma charakteru hipotetycznego.

Powoływanie się na zdolności innych podmiotów KIO 281/23, KIO 282/23

Uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, po terminie składania ofert, ograniczone jest do zakresu, w jakim wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert wskazał, że korzystać będzie z udostępnianych zasobów.

[...] skoro odwołujący deklaruje, że wykona swoje zamówienie z udziałem podwykonawcy, który będzie udostępniał mu swoje zasoby w takim zakresie, w jakim zostało to wskazane w treści Formularza oferty, a zakres ten ogranicza się wyłącznie do uruchomienia, to nie jest możliwe późniejsze rozszerzenie zakresu tego podwykonawstwa a w konsekwencji zadeklarowanie, że inny podmiot, którym ma zamiar zastąpić ten wskazany przez niego w ofercie – zrealizuje większą, niż pierwotnie deklarowana część zamówienia. [...] Nie sposób zgodzić się zatem z odwołującym, który domaga się, aby zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego to musiałoby wynikać, że zakres powierzony temu podmiotowi będzie szerszy, niż ten wskazany pierwotnie w treści Formularza ofertowego i zadeklarowany w treści zobowiązania [...]. W istocie czynność ta prowadziłaby, jak to również dostrzegł zamawiający, do zmiany treści Formularza ofertowego w zakresie, w jakim zadeklarowane zostało – w jaki sposób Konsorcjum [...] zrealizuje zamówienie.

[...] W ocenie Izby w tym przypadku dokonaną w taki sposób zmianę należy uznać za zmianę istotną, gdyż prowadzącą do zmiany treści oferty w zakresie, w jakim treść tej oferty stanowi

o sposobie realizacji zamówienia i referuje do obszaru, decydującego o sposobie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Informacje w ofercie KIO 314/23

Postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawca ma spełniać przez cały okres trwania postępowania, tj. od wyznaczonego 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**, składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego rozumianego jako wystawionego np. na dzień złożenia, jednakże oznacza też domniemanie, że warunek wykonawca spełnia co najmniej od dnia składania ofert.

WAŻNE

W sprawie natomiast wykonawca złożył dokumenty, które *de facto* potwierdzały, że w dniu składania ofert osoby wskazane nie posiadały jeszcze określonych kwalifikacji i kompetencji, jako że legitymowały się dokumentami potwierdzającymi ukończenie kursów w terminie późniejszym niż dzień składania ofert.

Ta informacja wynikała jednoznacznie z przedstawionych dokumentów i nie mogła być przez zamawiającego pominięta, niezależnie od faktu, że poświadczenia kwalifikacji pochodzące od podmiotów trzecich nie były wymagane. Należy zauważyć, że przepisy ustawy wymagają, by informacje w ofercie były zgodne i zachowały aktualność w dokumentach składanych przez wykonawcę wezwanego do ich przedstawienia.

Ciągłość wadium KIO 279/23

Przekazanie Zamawiającemu aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium po upływie wskazanego w treści gwarancji terminu ważności, należało uznać za brak utrzymania ciągłości ważności wadium w postępowaniu przetargowym.

[...] nie można pominąć faktu, iż dla uznania, że oferta pozostawała zabezpieczona wadium również w wydłużonym terminie związania, koniecznym było poinformowanie Zamawiającego o fakcie przedłużenia ważności wadium przed upływem terminu wskazanego w treści gwarancji. Tylko wówczas czynność oceny oferty może być przeprowadzona w zgodzie z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

WAŻNE

Przyjęcie stanowiska Odwołującego, które zasadniczo sprowadzało się do wykazania jako wystarczającego dla uznania, iż doszło do wydłużenia okresu ważności wadium, ustalenie, iż nie doszło faktycznie do przerwania zabezpieczenia, oznaczałoby całkowite pominięcie znaczenia, jakie w procedurze o udzielenie zamówienia mają zasady wnoszenia wadium.

Tak, jak dla zabezpieczenia oferty wadium konieczne jest złożenie wraz z ofertą dokumentu wadialnego, który nie podlega uzupełnieniu (przepisy takiej możliwości nie dopuszczają), tak również dla wykazania, iż doszło do skutecznego wydłużenia ważności wadium jest wykazanie tego faktu przed upływem terminu pierwotnego. W przeciwnym razie prowadziłyby to do powstania niejasności co do kroków, jakie Zamawiający powinien podjąć, gdyż ustawa nie uprawnia Zamawiającego do wzywania o uzupełnienie dokumentu wadialnego, a tym samym nie jest możliwe przyjęcie, na jakich zasadach należałoby oceniać dokument złożony z naruszeniem terminu wskazanego w wezwaniu do przedłużenia ważności wadium. [...] Ponieważ Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania zasad postępowania, a jego czynności w postępowaniu muszą podlegać ocenie pod kątem zgodności z przepisami regulującymi procedurę, przy braku przepisów umożliwiających uzupełnienie dokumentu wadialnego, w sytuacji kiedy wykonawca zostaje wezwany do wydłużenia zabezpieczenia oferty wadium na wydłużony okres związania ofertą, nie ma podstaw do przyjęcia, jako skutecznego utrzymania zabezpieczenia wadialnego sytuacji, w której Zamawiający o tym fakcie nie wie w momencie upływu terminu ważności gwarancji wadialnej.

Przetwarzanie i udostępnianie danych wrażliwych KIO 244/23

O ile przetwarzanie przez zamawiającego danych szczególnie wrażliwych dla celów postępowania jest uzasadnione ważnymi względami celu publicznego, o tyle udostępnianie tych danych wykonawcom, zarówno w trakcie postępowania, jak i po jego zakończeniu nie znajduje uzasadnienia.

[...] istotne znaczenie dla sprawy ma przepis **art. 74 ust. 4 ustawy Pzp**, który doprecyzowuje zasadę jawności w zamówieniach publicznych, w kontekście przetwarzania (a dokładnie udostępniania) danych osobowych zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawartych w protokole lub załącznikach do protokołu. Na podstawie tego przepisu zamawiający ma prawo i obowiązek ujawnienia wszystkich danych osobowych, które znajdują się w dokumentacji postępowania, w tym przekazanej przez przystępującego, z wyjątkiem załączonych przez wykonawcę informacji zawierających tzw. dane wrażliwe (art. 9 RODO). Z brzmienia tego przepisu wynika wprost, że każde przetwarzanie danych określonych w art. 9 RODO,



KĄŻDE PRZETWARZANIE DANYCH OKREŚLONYCH W ART. 9 RODO, Z WYJĄTKIEM PRZECHOWYWANIA PROTOKOŁU I ZAŁĄCZNIKÓW, MOŻLIWE BĘDZIE WYŁĄCZNIE ZA ZGODĄ OSOBY, KTÓREJ DANE DOTYCZĄ.

z wyjątkiem przechowywania protokołu i załączników, możliwe będzie wyłącznie za zgodą osoby, której dane dotyczą. Przepis **art. 9 ust. 1 RODO** zabrania przetwarzania danych osobowych m.in. danych dotyczących zdrowia. Ponieważ zamawiający administrują w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego danymi osobowymi osób fizycznych na tej podstawie, że dane te zostały im przekazane w związku z wypełnianiem przez zamawiających zadań publicznych na podstawie przepisów ustawy Pzp,

WAŻNE

prawną podstawą przetwarzania danych osobowych przez zamawiających dla celów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a także po zakończeniu postępowań, z uwagi na wynikający z **art. 78 ustawy Pzp** obowiązek przechowywania protokołu i załączników do protokołu do czasu zakończenia wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest **art. 6 ust. 1 lit. c RODO**.

Przepis ten skutkuje uprawnieniem zamawiającego do przetwarzania danych osobowych uzyskanych w związku z prowadzonym postępowaniem z uwagi na to, że przetwarzanie przez niego takich danych jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na zamawiającym – jako na administratorze danych osobowych. Ewentualne dostarczenie przez wykonawcę z własnej inicjatywy informacji niewymaganych przez zamawiającego, ale składanych z związku z prowadzonym postępowaniem, w szczególności informacji zawierających dane osobowe, albo informacji uzasadnionych potrzebami postępowania, o których mowa w **art. 9 ust. 1 RODO**, uprawnia zamawiającego do ich przetwarzania ze względu na ważny interes publiczny związany z celem przetwarzania takich informacji na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także z uwagi na to, że przetwarzanie jest niezbędne dla celów archiwalnych. Niemniej, w przypadku przetwarzania danych osobowych szczególnie wrażliwych, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO, przetwarzanie tych danych musi być zawsze związane z zastosowaniem odpowiednich zabezpieczeń dla ochrony praw i wolności osoby, której dane dotyczą, i jest ściśle limitowane. [...] Zastrzeżone przez przystępującego dokumenty są dokumentami własnymi pracowników, które ujawniają informacje o stanie ich zdrowia, a zatem podlegają one ochronie jako dane dotyczące zdrowia określone w art. 9 RODO.

Wymagania dotyczące doświadczenia wykonawcy KIO 224/23

Nieuprawnione jest stanowisko Zamawiającego, że skoro wymaga on wykonania bieżni z nawierzchnią w technologii SANDWICH, to wykonawcy powinni legitymować się doświadczeniem obejmującym wykonanie bieżni w tej technologii.

Zdaniem Izby w nieuzasadniony sposób takie wymaganie ogranicza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy zdolni są do jego wykonania. Stanowiska powyższego nie zmienia zalecenie znajdujące się w wytycznych PZLA, na które powoływał się Zamawiający [...]. Z treści powyższego dokumentu jasno wynika, że każdy z dopuszczonych rodzajów nawierzchni uprawnia obiekt do ubiegania się o określony poziom jego certyfikacji. Nawierzchnia poliuretanowa typu „sandwich” czyli taka, jakiej realizację przewiduje Zamawiający, uprawnia do otrzymania certyfikacji na poziomie IVB, VB, VIB i VII B. Nawierzchnie poliuretanowe z pełnego poliuretanu (full PUR) czy też nawierzchnie kauczukowe, do których w treści odwołania referował odwołujący, umożliwiają ubieganie się o otrzymanie certyfikacji wyższego stopnia, tj. kategorii I, II, III, IVA, VA, VIA i VIIA. Zdaniem Izby fakt, że technologie wykonania nawierzchni różnią się sposobem ich realizacji, na co wskazywał Zamawiający, nie oznacza, że wykonawca, który legitymuje się doświadczeniem w realizacji nawierzchni w technologii uprawniającej do otrzymania certyfikatu wyższego stopnia, nie będzie w stanie zrealizować bieżni w technologii, która uprawnia do otrzymania certyfikatu niższego stopnia. Zdaniem Izby wymaganie, by jedna z wykazywanych robót obejmowała również swym zakresem uzyskanie dla bieżni certyfikatu WA (dawniej IAAF) lub świadectwa Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, jest wystarczające dla zapewnienia rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Dodatkowe wymagania zamawiającego KIO 232/23

Nie jest możliwe skierowanie do wykonawcy wezwania w sprawie wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu, którego Zamawiający nie wymagał w treści SWZ.

[...] jeżeli w ocenie Odwołującego, wykazanie się posiadaniem certyfikatów, na które powołuje się w odwołaniu, było istotne dla należytego wykonania zamówienia, należało rozważyć, czy nie podnieść takiego zarzutu w terminie właściwym na składanie odwołania na postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia. W takim przypadku, Zamawiający mógłby – jeśli uznałby zasadność zarzutu – dokonać modyfikacji postanowień SWZ. Podnoszenie tego zarzutu na obecnym etapie postępowania jest spóźnione, a Zamawiający nie może wymagać dokumentu, którego nie żądał w treści SWZ. ◀

Kto na tym stracił?

TYM RAZEM CHCIAŁABYM PORUSZYĆ TEMAT RAŻĄCO NISKIEJ CENY, ODWOŁUJĄC SIĘ DO OSTATNICH ROZPRAW, W KTÓRYCH UCZESTNICZYŁAM, WYDAJE MI SIĘ BOWIEM, ŻE TEMAT – PRZYNAJMNIEJ W TYM OBSZARZE – JEST CIĄGLE ŻYWY. ZGODNIE Z PRZEPISEM ART. 224 UST. 4 USTAWY PZP W PRZYPADKU ZAMÓWIEŃ NA ROBOTY BUDOWLANE LUB USŁUGI ZAMAWIAJĄCY JEST OBOWIĄZANY ŻĄDAĆ WYJAŚNIEŃ, O KTÓRYCH MOWA W UST. 1, CO NAJMNIEJ W ZAKRESIE OKREŚLONYM W UST. 3 PKT 4 I 6.



Martyna Lubieniecka

Radca prawny z wieloletnią praktyką w obszarze zamówień publicznych, trener i doświadczony szkoleniowiec. Reprezentuje wykonawców i zamawiających przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz w sądach powszechnych w sprawach z zakresu zamówień publicznych, prawa cywilnego oraz prawa budowlanego. Posiada szerokie doświadczenie w różnych obszarach zamówień publicznych, zdobyte z perspektywy uczestników rynku zamówień, ale także z pozycji kontrolera.



Ustawa o minimalnym wynagrodzeniu

Zakres wskazany w **ust. 3 pkt 4 art. 224 ustawy Pzp** dotyczy zgodności z przepisami kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207) lub przepisów odrębnych, właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Punkt 6 dotyczy zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający zazwyczaj wzywają o takie wyjaśnienia, wykonawcy je składają. Niby wszystko jest w porządku. Początkowo jednak podczas takich wyjaśnień wykonawcy zupełnie zapominali o tym, że minimalne wynagrodzenie wzrosło dwa razy, a mianowicie od stycznia 2023 r., a następnie od lipca 2023 r. (i wzrasta nadal – przyp. red.). Było to bardzo problematyczne, szczególnie gdy termin realizacji zamówienia był dość długi i trzeba było brać pod uwagę jednak wartość wynagrodzenia od lipca 2023 roku, a wykonawcy szacowali wartość styczniową. W rezultacie doprowadzało to do niedoszacowania oferty.

Minimalne wynagrodzenie a koszty pracodawcy

Wydawałoby się, że temat został wyczerpany i wykonawcy nauczyli się pamiętać o wzroście minimalnego wynagrodzenia od lipca 2023 r. i szacować ten wzrost w swoich ofertach. Jednak pojawił się nowy problem, a mianowicie niektórzy zamawiający, po informacji od konkurencji, zaczęli zwracać uwagę, że minimalne wynagrodzenie nie uwzględnia przecież kosztów pracodawcy. Z całą pewnością koszty pracodawcy powinny być w kalkulowane w koszty ceny ofertowej.

Aby to jednak sobie uzmysłwić, musimy zacząć od rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r., w którym

WAŻNE

od 1 stycznia 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3490 zł i minimalną stawkę godzinową w wysokości 22,80 zł. Od 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł i minimalną stawkę godzinową w wysokości 23,50 zł.

Tu należy podkreślić, że jest to tylko stawka minimalnego wynagrodzenia czy minimalna stawka godzinowa. Kwota minimalnego wynagrodzenia nie uwzględnia stawek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe czy składki na Fundusz Pracy

lub Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, które musi ponieść pracodawca. Zatem kwota 3490 zł to nie jest kwota uwzględniająca całkowite koszty pracodawcy. Przy minimalnym wynagrodzeniu 3490 zł koszty pracodawcy wynoszą łącznie **4204,75 zł**, z kolei przy minimalnym wynagrodzeniu 3600 zł od 1 lipca 2023 r. całkowite koszty pracodawcy wynoszą **4337,28 zł** (<https://bit.ly/3NYV6Tu>).

Wykonawcy składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny często o tych dodatkowych kosztach po prostu zapominają. Wyjaśniają swoją cenę przez pryzmat minimalnego wynagrodzenia pomnożonego przez liczbę osób, ewentualnie wymiar etatu. Tymczasem takie podejście powoduje, że na każdym pracowniku, dla którego nie policzono kosztów pracodawcy przy minimalnym wynagrodzeniu, od stycznia 2023 r. mamy różnicę 714,75 zł, a od lipca 2023 r. – 737,28 zł. Jest to dość spora kwota, jeśli weźmie się pod uwagę liczbę etatów, liczbę osób i czas trwania zamówienia.

O tym, że należy w cenie uwzględnić koszty pracodawcy, często zapominają także zamawiający, sprawdzając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Zapominają też wykonawcy składający te wyjaśnienia.

Taki stan faktyczny, w którym zamawiający zweryfikował wyjaśnienia wykonawcy i w którym odkrył brak wkalkulowania w cenę kosztów pracodawcy, był kanwą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2023 r. (sygn. akt: KIO 198/23).

Analiza przed Krajową Izbą Odwoławczą

Odwołujący, który złożył ofertę jako koszty dla dwóch osób na pełen etat na cztery miesiące, policzył i wskazał zamawiającemu kwotę 27 920 zł ($3490 \text{ zł} \times 2 \times 4 = 27\,920 \text{ zł}$), podczas gdy powinna być to kwota 33 638 zł ($4204,75 \text{ zł} \times 2 \times 4 = 33\,638 \text{ zł}$). A zatem różnica „nieuwzględnienia” wynosiła 5718 zł.

Odwołujący stał na stanowisku, że jego koszty zostały prawidłowo obliczone, ale Krajowa Izba Odwoławcza nie przyznała mu racji i wskazała w wyroku:

Złożone wyjaśnienia oparte były również na błędnych ustaleniach, że kwota 3490 zł brutto stanowi całkowity koszt pracodawcy związany zatrudnieniem pracownika w oparciu o umowę o pracę. Oprócz podania przez Odwołującego kwoty 3490 zł brutto i przeliczeniu na jej podstawie całkowitych kosztów pracodawcy w okresie wykonywanych prac w przeliczeniu na dwóch pracowników przyjętych na umowę o pracę w pełnym wymiarze, wyjaśnienia nie zawierają żadnej treści merytorycznej. Na pierwszej stronie pisma stanowiącego wyjaśnienia, Odwołujący oświadcza, że cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej ceny i wskazuje na ogólne traktujące na temat jego doświadczenia związane z realizacją podobnych



DOWODY ZAŁĄCZANE DO PRZEDKŁADANYCH WYJAŚNIEŃ MAJĄ NA CELU POTWIERDZENIE, ŻE KOSZTY, NA JAKIE WSKAZUJE WYKONAWCA W WYJAŚNIENIACH, FAKTYCZNIE PONOSZONE SĄ PRZEZ NIEGO NA TAKIM POZIOMIE.

zamówień na rzecz Zamawiającego. Następnie **wskazuje na stawkę 3490 zł brutto**, którą przyjął przy określaniu ceny ofertowej dla skalkulowania kosztów pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę. W kolejnym akapicie Odwołujący oświadcza, że jego cena ofertowa uwzględnia wszystkie koszty wynikające z przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przywołując treść stosownych przepisów i podsumowując to stwierdzeniem, że całkowity koszt pracodawcy, zatrudniającego pracownika na pełnym etacie, uwzględniający wszystkie składki to koszt w kwocie 3490 zł brutto, z czym oczywiście nie można się zgodzić.

WAŻNE

Kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę określone w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej [Dz. U. z 2022 r. poz. 1952] są kwotami brutto, nie uwzględniają jednak wszystkich kosztów, jakie ponosi pracodawca w związku z zatrudnianiem pracowników w oparciu o umowę o pracę. Nieuprawnionym jest zatem kalkulowanie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników tylko [...] w oparciu o tę stawkę bez doliczenia obowiązkowych składek, do których odprowadzania zobowiązany jest pracodawca.

Odwołujący, opierając się zatem tylko na ww. kwocie, popełnił oczywisty błąd w swojej kalkulacji, którego Zamawiający nie mógł pominąć. Już tylko na tej podstawie Zamawiający miał prawo uznać, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej przez niego ceny. Poza tym wyjaśnienia Odwołującego w ww. zakresie nie zostały poparte absolutnie żadnymi dowodami. Wskazać należy, że dowody załączane do przedkładanych wyjaśnień mają na celu potwierdzenie, że koszty na jakie wskazuje wykonawca w wyjaśnieniach faktycznie ponoszone są przez niego na takim poziomie. Natomiast Odwołujący w zakresie dowodów dotyczących kosztów pracy przedstawił zrzut ekranu z kalkulatora wynagrodzeń, z wyczeniem jakie elementy składają się na kwotę 3490 zł brutto. Dowód ten może potwierdzać jedynie to, jaką kwotę netto otrzyma pracownik zatrudniony za wynagrodzeniem 3490 zł brutto, nie zaś faktyczną wysokość kosztów jaką dany wykonawca będzie ponosić przy zatrudnieniu pracownika w oparciu o taką stawkę.

WAŻNE

Jak zatem wynika z tego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (tudzież innych), wyjaśniając rażąco niską cenę, należy koniecznie pamiętać o tym, by wliczyć koszty pracodawcy.

Na marginesie dodam, że odwołujący złożył bardzo obszerne wyjaśnienia wraz z informacją o tym, że w ramach środków trwałych ma dwa ekspresy do kawy. Niezmiennie mnie dziwi, po co ci wykonawcy przedkładają wiele takich dowodów, które nie mają zupełnie znaczenia dla wykazania możliwości zaoferowania takiej ceny. Chociaż, z drugiej strony, pracownik mający dostęp do kawy może być bardziej energiczny i wydajniej pracuje (taki mały żarcik znad filiżanki porannej kawy).

Pamiętajcie, proszę, drodzy zamawiający, by zwracać uwagę, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały skalkulowane także na podstawie kosztów pracodawcy, a nie tylko kwoty z rozporządzenia o minimalnym wynagrodzeniu, a wykonawcy – by uwzględnić koniecznie te koszty. O wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jeszcze napiszę. ◀

MARTYNA LUBIENIECKA

Radca prawny, specjalista ds. zamówień publicznych, prowadzenia procesów i obsługi inwestycji



INLEGIO
Lubieniecka Mackiewicz Adwokaci i Radcowie Spółka Partnerska

- Postępowania sporne przed Krajową Izbą Odwoławczą i sądami powszechnymi
- Pełna obsługa realizacji inwestycji
- Pomoc w przeprowadzaniu procesu postępowania o udzielenie zamówienia
- Pomoc w złożeniu oferty
- Identyfikacja ryzyk w postanowieniach umownych z perspektywy wykonawcy
- Szkolenia z zakresu prawa zamówień publicznych i prawa cywilnego

INLEGIO

Lubieniecka Mackiewicz Adwokaci i Radcowie Spółka Partnerska

Leszno 8, lok.10, 01-192 Warszawa

■ e-mail: kancelaria@inlegio.pl ■ tel.: 609 286 519,

www.inlegio.pl

Na pytania Czytelników odpowiada Józef E. Nowicki



Józef Edmund Nowicki

Właściciel kancelarii specjalizującej się w kontroli i doradztwie z zakresu zamówień publicznych, autor komentarzy do ustawy – Prawo zamówień publicznych.

CONEXIS
ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
JÓZEF EDMUND NOWICKI

Tajemnica przedsiębiorstwa

Czym jest wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji?

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające 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.

Wartość gospodarczą mają tylko takie informacje, których ujawnienie, obiektywnie, ma co najmniej potencjalny wpływ na wypracowaną przez wykonawcę sytuację na rynku. Wartość gospodarczą mają przede wszystkim informacje, których ujawnienie może spowodować zmniejszenie przychodów (pogorszenie pozycji wykonawcy na rynku i spadek liczby zamówień). Wykonawca, wykazując, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien także wykazać, że takie informacje mają dla niego wartość gospodarczą. Powinien więc wyjaśnić, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby wpłynąć niekorzystnie na jego sytuację na rynku. Innymi słowy, musi wykazać, w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku w przypadku ujawnienia informacji zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W wyroku z dnia 9 maja 2022 r. (sygn. akt: KIO 991/22, KIO 1006/22) uznano, że: [...] *Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza samo stwierdzenie bez wykazania, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Powyższe*

w uzasadnieniu potrzeby objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa winno być jednoznacznie wykazane. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co równie istotne, ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Jego zadaniem jest wykazanie równocześnie z zastrzeżeniem informacji, że realizując się w stosunku do nich przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wartością gospodarczą mogą być informacje o osobach skierowanych do realizacji zamówienia, posiadających unikatowe kwalifikacje, o ile ujawnienie tych informacji może spowodować „podbieranie” takich osób przez konkurencję i jednocześnie utratę przez wykonawcę pozycji na rynku świadczonych dostaw, usług lub robót budowlanych.

W wyroku z dnia 8 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 92/19) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: [...] *Zastrzeżenie informacji dotyczących pracowników Przystępujący uzasadniał obawą przed „podbieraniem” pracowników przez konkurencję (ang. employee poaching), z pozyskaniem których poniósł wysokie koszty, a osłabienie tego zespołu pogorszyłoby jego pozycję na rynku. Niewątpliwie, mając na uwadze sytuację na rynku pracowników IT, należy uznać, że takie zagrożenie istnieje. Jednakże, jeżeli nie zostaną ujawnione dane personalne ww. osób, ryzyko takie zostanie wyeliminowane. Jednocześnie pozwoli to na zachowanie równowagi pomiędzy zasadą jawności postępowania a interesem Przystępującego, którego pracowników dane w dalszym ciągu będą chronione.*

Wartością gospodarczą mogą być również informacje o sposobie wytwarzania i składzie produktu. ◀

XXX Jubileuszowy Zjazd Specjalistów Zamówień Publicznych

*Znaczenie definicji ustawowych
Przygotowanie postępowań
Dokumenty zamówienia
Badanie i ocena ofert
Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy
Tryby, procedury i wzorce postępowań
Umowa i zmiany umowy
Zamówienia regulaminowe
Prowadzenie rejestru umów*

JÓZEF EDMUND NOWICKI

Zakopane
10-13 października 2023r.

Hotel TATRA

Więcej informacji na:

www.szkoleniaekspert.pl/szkolenie/szkol/30zjazd

tel. (59) 822 34 56



szkoleniaekspert.pl

FORUM ZAMAWIAJĄCYCH I WYKONAWCÓW

MONITOR zamówień publicznych



WWW.MONITOR-ZAMOWIEN.PL

- ✓ Już dziś zaloguj się do swojego konta na portalu czasopisma!
- ✓ Na portalu znajdziesz dodatkowe artykuły, z których wyciągniesz jeszcze więcej treści merytorycznych
- ✓ Po zalogowaniu na swoje konto otrzymasz dostęp do wszystkich wydań w wersji elektronicznej!*
- ✓ Skorzystaj z dodatkowych e-booków zamieszczonych na portalu!*
- ✓ Zaloguj się na swoje konto i oglądaj szkolenia online, które pozwolą Ci rozwijać Twoją wiedzę i kompetencje!*
- ✓ Pobieraj gotowe dokumenty, które ułatwią Ci codzienną pracę!*

*Prenumerata w wersji Premium

✉ Jeżeli masz problem z dostępem do konta, napisz → bok@forum-media.pl



Forum Media Polska Sp. z o.o., ul. Polska 13, 60-595 Poznań; Wydział VIII Gospodarczy KRS Poznań, Wysokość kapitału zakładowego: 300 000 zł
NIP 781-15-51-223; KRS nr 0000037307; Sąd Rejonowy Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu