

MONITOR ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

INDEKS 374296 ISSN 1733-4837 LUTY NUMER 2 (171)/2019 CENA: 45 ZŁ (W TYM 5% VAT)

W NUMERZE:

Nieprawidłowości
w ocenie zarządzających

Wyłączenie
z postępowania

Umowa jako gwarant
bezpieczeństwa finansowego

Uwaga na wadium

Zabrakło staranności

Umowa
bez postępowania

Ludzie zamówień
publicznych



**VADEMECUM
ELEKTRONIZACJI**

**PROJEKT NOWEGO
PRAWA ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH**

**WOLNA RĘKA
– UWAGI PRAKTYCZNE**

**WSPARCIE GRUP
MARGINALIZOWANYCH**



420419

9 771733 483002

Narzędzia do kontroli zarządczej na CD



Prosty w obsłudze, funkcjonalny program do prowadzenia kontroli zarządczej w urzędach, umożliwiający poprawne wywiązywanie się ze wszystkich obowiązków.

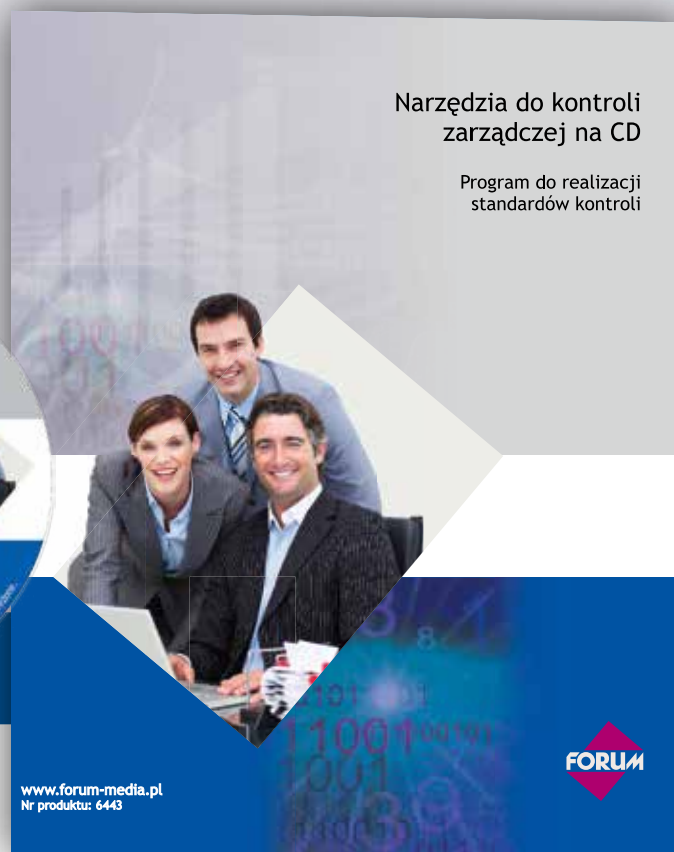
www.e-forum.pl

W razie pytań skontaktuj się z doradcą:

Małgorzata Kilińska

tel. 61 66 55 709

malgorzata.kilinska@forum-media.pl



Co zyskujesz dzięki programowi?

Publikacja zawiera narzędzia umożliwiające sprawdzenie poprawności operacji finansowych oraz ocenę wyników kontroli zarządczej

Zrealizujesz wszystkie etapy kontroli zarządczej i prawidłowo stworzysz wymagane dokumenty – na podstawie zawartych w programie gotowych wzorów i szablonów

Program pozwala na poprawne zidentyfikowanie i oszacowanie ryzyka, umożliwia sporządzanie okresowych raportów i proponuje działania naprawcze

Otrzymasz narzędzie do raportowania realizacji zadań ujętych w planie finansowym w układzie zadaniowym, co zapewni większą elastyczność i przejrzystość podziału wydatkowanych środków

W szybki sposób wskażesz zadania wrażliwe funkcjonujące w jednostce, ryzyka korupcji i nadużyć oraz opracujesz mechanizmy korygujące

Znacznie skrócisz czas przygotowywania dokumentacji – program przenosi wprowadzone dane do poszczególnych dokumentów oraz podlicza wyniki w raportach i listach kontrolnych

NOWE PZP NA ROZBIEGU



W dniu 24 stycznia 2019 r. projekt nowego Prawa zamówień publicznych, opracowany przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urząd Zamówień Publicznych, został opublikowany na stronach MPT, UZP i Rządowego Centrum Legislacji oraz skierowany do zaopiniowania i konsultacji.

Przedstawienie tego projektu zapowiadane było w czerwcu 2018 r., kiedy opublikowana została „Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych” oraz „Koncepcja polityki zakupowej państwa”, na listopad 2018 r. Termin upublicznienia ustawy przesuwano jednak wielokrotnie, co wzmagало zainteresowanie i powodowało pewne napięcie w środowisku zamówieniowym, wynikające m.in. z tego, że ustawa miała na celu ostateczne uporządkowanie, a być może i zrewolucjonizowanie zamówień publicznych. Napięcie rosło tym bardziej, że nie było żadnych „przecieków” z prac nad ustawą, na giełdzie zamówieniowej nie krążyły, jak bywało poprzednio, kolejne wersje projektu. Pracowano za zamkniętymi drzwiami.

Drzwi otworzyły się dopiero w chwili ściągnięcia na pulpit własnego komputera projektów: ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych wraz z komentarzem i ustawy – Prawo zamówień publicznych (datowany na 21 stycznia 2019 r.) wraz z uzasadnieniem. I pierwszy szok, projekt ustawy Pzp zawiera 682 artykuły. Projekt ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę Pzp jest mniejszy, tylko 101 artykułów, ale wprowadza zmiany aż w 83 ustawach.

Żadna dotychczasowa ustawa dotycząca zamówień publicznych nie była tak obszerna. Pierwsza polska ustawa z 15 lutego 1933 roku o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego zawierała 5 artykułów (podpisał ją Prezydent Rzeczypospolitej Ignacy Mościcki). Ustawa z 10 czerwca 1994 r. – o zamówieniach publicznych zawierała (po kilku nowelizacjach) 97 artykułów – wydawała się duża i trudna. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, aktualnie obowiązująca, liczy 227 artykułów i mimo, że obowiązuje 15 rok, ciągle wydaje się trudna do opanowania i do interpretowania. Rozwiązanie jakiegoś problemu wymaga ciągłego „biegania” po tekście. Tyłko nieliczni radzą sobie z tym problemem.

Po 12 godzinach czytania (studiowania – choć to zbyt duże słowo) projektu nowego Prawa zamówień publicznych, mogę powiedzieć, że podoba mi się systematyka ustawy. Jest naprawdę tak, jak napisano w uzasadnieniu: *jasny układ, podział na przepisy materialne i proceduralne, a także podział działów na mniejsze niż do tej pory rozdziały z wydzielonymi oddziałami.*

W Dziale I pt. „Przepisy ogólne” są np. umieszczone rozdziały: Przedmiot regulacji; Zasady udzielania zamówień; Polityka zakupowa państwa; Stosowanie przepisów ustawy do zamówień o charakterze mieszanym; Szacowanie wartości zamówienia i konkursu; Zamawiający i wykonawcy; Zamówienia zastrzeżone; Komunikacja zamawiającego z wykonawcami; Dokumentowanie przebiegu postępowania.

Dział II pt. „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne” zawiera np. rozdziały: Przygotowanie postępowania; Kwalifikacja podmiotowa wykonawców; Tryby udzielania zamówień itd. Idąc tą ustawą krok po kroku – da się przygotować postępowanie o zamówienie publiczne, da się przygotować ofertę, napisać odwołanie. Są i pewne mankamenty, o nich będziemy pisać w kolejnych, bardziej szczegółowych, omówieniach nowego Pzp – ale ogólnie ustawa sprawia wrażenie spójnego, dopracowanego dokumentu.

Planuje się, że ustawa wejdzie w życie 1 stycznia 2020 r. Zostało jeszcze 11 miesięcy na jej doszlifowanie, uchwalenie i naukę nowych przepisów. Wierzę, że uda się to zrobić, ale... bez „korepetycji” się nie obejdzie. UZP zapewne, jak miał w zwyczaju dotychczas, rzuci koło ratunkowe i zorganizuje konferencje lub szkolenia. Na pewno można liczyć na ekspertów, ale nie ma wyjścia, trzeba „zakuwać” jak do egzaminów.

Tymczasem w bieżących zajęciach nie brak problemów. Pomoże je zapewne rozwiązać mec. Grzegorz Mazurek w „Vademecum elektronicznej”. Dr Włodzimierz Dzierżanowski podpowie, jak realizować przepisy prawa unijnego i krajowego dotyczące wsparcia grup marginalizowanych, „Ludzie zamówień publicznych” wskażą kolejne rozwiązania trudnych problemów. KIO odpowie na pytanie, co decyduje o tym, że oferta jest skutecznie złożona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym?

My też rzucamy koła ratunkowe. Sięgnijcie po nie, będzie łatwiej pracować.

Elżbieta Cierlica
Redaktor naczelna MZP

SPIS TREŚCI



Aktualności

- 3 Zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej
- 3 Projekt nowego Pzp

Temat numeru: Wsparcie grup marginalizowanych

Włodzimierz Dzierżanowski

- 4 Zatrudnianie niepełnosprawnych przy realizacji zamówień

Vademecum elektronizacji

Grzegorz Mazurek

- 10 Składanie ofert

Ludzie zamówień publicznych

Andrzej Gawrońska-Baran

- 14 Zamówienia – przypadek i fascynacja

Maciej Tomaka

- 18 Fraza – wyniki – podgląd

Zdaniem ekspertów

Justyna Olszewska-Stempel, Marek Stempel

- 22 Nieprawidłowości w ocenie zarządzających

Jak udzielać zamówień

Arkadiusz Szyszkowski

- 27 Wolna ręka – uwagi praktyczne

Józef Edmund Nowicki

- 29 Wyłączenie z postępowania

Jak wygrać przetarg

Martyna Lubieniecka

- 33 Umowa jako gwarant bezpieczeństwa finansowego

Kontrola Prezesa UZP

- 38 Uwaga na wadium

Z orzecnictwa KIO

- 42 Elektroniczne niedopowiedzenia

Z orzecnictwa TSUE

- 48 Umowa bez postępowania

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 Balanicka

DYREKTOR WYDAWNICZY

Radostaw Lewandowski

REDAKTOR NACZELNA

Elżbieta Cierlica,
cierlicazp@o2.pl

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEJ

Maria Olszewska,
olszewska@upcpczta.pl

SEKRETARZ REDAKCJI

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

STALI WSPÓŁPRACOWNICY

Jarostaw Balcewicz, Anna Dynek,
Elżbieta Gnatowska, Zbigniew Leszczyński
Grzegorz Mazurek, Aneta Moścička
Józef Edmund Nowicki, Grzegorz Pyliński
Konrad Różowicz, Paulina Sawicka
Tomasz Siedlecki, 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

OBSŁUGA KLIENTA I PRENUMERATA

Infolinia: 801 88 44 22
tel. 61 66 55 800, faks: 61 66 55 888
e-mail: bok@forum-media.pl

NADZÓR GRAFICZNY

Agnieszka Szulc

KOORDYNATOR WYDAWNICZY

Monika Kanigowska

SKŁAD I DTP

Graphics & Design Studio,
Marcin Ziółkowski

NAKŁAD

4500 egz.

DRUK

Poligrafia Janusz Nowak

SERWIS ZDJĘCIOWY

Adobe Stock, Dreamstime

Abonament roczny (11 numerów) wynosi 349 zł netto.

Informacje do redakcji można nadsyłać na adres Wydawcy. Redakcja nie zwraca materiałów niezamówionych oraz zastrzega sobie prawo do dokonywania skrótów i redakcyjnego opracowania tekstów zaakceptowanych do druku.

Materiały nadesłane do Redakcji nie mogą być obciążone prawami osób trzecich. Czasopismo i zamieszczone w nim materiały są chronione prawem autorskim.

Patronat nad czasopiśmie
sprawuje OSKZP



ZMIANY UMOWY NA SPRZEDAŻ ENERGII ELEKTRYCZNEJ

W związku z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 28 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U., poz. 2538), istotne stało się wyjaśnienie kwestii możliwości dokonania zmian umów w sprawie zamówienia publicznego obejmujących zakup energii elektrycznej, zawartych po dniu 30 czerwca 2018 r.

Wprowadzone ww. ustawą regulacje oddziałują na wysokość wynagrodzenia wykonawców, które, w związku z realizacją tych umów, instytucje zamawiające (odbiorcy) są zobowiązani zapłacić. Stosownie do treści art. 6 ust. 1 ww. ustawy, przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną, które po dniu 30 czerwca 2018 r. zawarło umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowe:

- ✓ z ceną lub stawką opłaty wyższą od ceny lub stawki opłaty wynikającej z ostatnio obowiązującej umowy, albo
- ✓ po raz pierwszy z odbiorcą końcowym, z ceną lub stawką opłaty wyższą niż cena lub stawka opłaty wskazana w taryfie lub cenniku energii elektrycznej, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2

jest obowiązane do zmiany warunków tej umowy nie później niż do dnia 1 kwietnia 2019 r., ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2019 r. W tym przypadku zmiana warunków umowy następuje poprzez zmianę ceny energii elektrycznej na cenę nie wyższą niż wskazana w taryfie lub cenniku energii elektrycznej w dniu 30 czerwca 2018 r.

Stosownie do treści art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, w 2019 r. ceny i stawki opłat zawarte w taryfie lub zbiorze cen i stawek opłat za energię elektryczną – opracowanym przez przedsiębiorstwo energetyczne i wprowadzonym jako obowiązujący dla określonych w nim odbiorców (zwanym „cennikiem energii elektrycznej”), przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się obrotem energią elektryczną – określa się w wysokości nie wyższej niż ceny i stawki opłat brutto stosowane w dniu 30 czerwca 2018 r., uwzględniającej zmniejszenie stawki podatku akcyzowego na energię elektryczną, o której mowa w art. 89 ust. 3 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Zauważyć przy tym należy, iż nieprzestrzeganie obowiązków, o których mowa w art. 5 i 6, stanowi podstawę do nałożenia przez Prezesa URE kary pieniężnej, o której mowa w art. 18 tejże ustawy.

Ustawa o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw nie wprowadza zmian do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 i 2215). Oznacza to, że zmiana

umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy kompleksowej zawartej w trybie przewidzianym ustawą Pzp nastąpić może zgodnie z regulacją art. 144 ustawy Pzp.

Szczegółowe zasady zmiany umowy przedstawione zostały na stronie internetowej UZP: www.uzp.gov.pl

PROJEKT NOWEGO PZP

Urząd Zamówień Publicznych poinformował, że 24 stycznia br. projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, opracowany wspólnie przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urząd Zamówień Publicznych, został skierowany do uzgodnień, opiniowania i konsultacji publicznych.

Celem opracowania nowej ustawy jest wprowadzenie spójnych i przejrzystych regulacji zawierających rozwiązania oparte na efektywności i transparentności udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa na rzecz wspierania innowacyjności i nowych technologii w zamówieniach publicznych, a także rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw.

Projekt ustawy wprowadza konkretne rozwiązania oczekiwane przez uczestników rynku zamówień publicznych, w szczególności: odrębną i elastyczną procedurę udzielania zamówień o wartości poniżej progów unijnych, możliwość negocjowania ofert w celu ich ulepszenia, jeden sąd właściwy do rozpoznania skarg, obniżenie wysokości opłat sądowych czy nowe reguły dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Nowością jest wprowadzenie do ustawy regulacji dotyczących postępowania koncyliacyjnego w przypadku sporów powstałych w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego o dużej wartości. Rozwiązanie to jest uzasadnione przede wszystkim potrzebą zapewnienia instrumentów, które zwiększą szanse na ugodowe i zadowalające obie strony rozwiązanie sporu.

Wraz z projektem ustawy – Prawo zamówień publicznych przygotowany został projekt ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych, który zawiera propozycje zmian w innych ustawach, wynikających z projektowanych zmian w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych, a także regulacje intertemporalne związane z wejściem w życie nowej ustawy. Przewiduje się, że nowa ustawa Prawo zamówień publicznych wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2020 r.

Projekty ww. ustaw wraz z uzasadnieniem zostały zamieszczone na stronie Rządowego Centrum Legislacji w zakładce Rządowy Proces Legislacyjny.



DR WŁODZIMIERZ DZIERŻANOWSKI

PREZES ZARZĄDU GRUPY DORADCZEJ SIENNA, BYŁY WICEPREZES UZP, AUTOR KOMENTARZY DO PZP WYDANYCH PRZEZ UZP I WYDAWNICTWO WOLTERS KLUWER

ZATRUDNIANIE NIEPEŁNOSPRAWNYCH PRZY REALIZACJI ZAMÓWIEŃ

Zarówno w polskich, jak i wspólnotowych przepisach o zamówieniach publicznych, poza celami zasadniczymi, jakimi są ochrona konkurencji i racjonalność wydatków publicznych, występują dodatkowe cele. Są to: stymulowanie rozwoju ekonomicznego, wyrównywanie różnic w rozwoju pomiędzy regionami, rozwój rynku pracy i zapewnianie odpowiednich standardów zatrudnienia, wsparcie grup marginalizowanych społecznie, ochrona środowiska, cele kulturalne.



NIEPEŁNOSPRAWNI W UNIJNYCH DOKUMENTACH

Początek postrzeganiu przepisów o zamówieniach publicznych jako instrumentu umożliwiającego wsparcie osób niepełnosprawnych dają dokumenty UE z 1998 r. – Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej i Komunikat Komisji

dotyczący ustawodawstwa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych oraz możliwości zintegrowanego społecznego podejścia do zamówień KOM (2001) 566¹, wskazujące, by w procedurach przetargowych uwzględniać nie tylko zakaz niedyskryminacji (np. niepełnosprawnych), ale również by realizować w ten sposób politykę wsparcia tej grupy społecznej².

WAŻNE !

Unia Europejska wskazuje, że zasada równego traktowania (niedyskryminacji) jest niewystarczająca, a faktyczny dostęp przedsiębiorców zatrudniających osoby niepełnosprawne do rynku zamówień publicznych zapewni dopiero tworzenie szczególnych ułatwień dla takich przedsiębiorców (prowadzących pośrednio do zwiększenia zatrudnienia osób niepełnosprawnych).

Ustawa o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych

Art. 22 ust. 2a Pzp

Motyw 36 preambuły dyrektywy 2004/18/UE

Ten sposób myślenia o zamówieniach publicznych nabiera coraz większego znaczenia w ciągu wielu lat funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Już w obowiązującej od 2004 r. dyrektywie 2004/18/WE³ zwrócono uwagę na konieczność tworzenia rozwiązań przyjaznych dla podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne. Powtarzają to dyrektywy obowiązujące od roku 2014. Motyw 36 preambuły do dyrektywy 2014/24 UE głosi:

Zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. To samo dotyczy innych form społecznej działalności gospodarczej mających głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, takich jak bezrobotni, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych. Takie zakłady lub podmioty gospodarcze mogą nie być jednak w stanie uzyskać zamówień w zwykłych warunkach konkurencji. W związku z tym właściwe jest, by państwa członkowskie mogły zastrzeżać, że prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub pewnych ich częściach mają jedynie takie zakłady lub podmioty gospodarcze, bądź też zastrzeżać realizację zamówień dla programów zatrudnienia chronionego⁴.

NIEPEŁNOSPRAWNI W PZP

Art. 22 ust. 2 Pzp

Przepisy polskiej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) stwarzają podstawę preferowania przy udzielaniu zamówień wykonawców, którzy są zaangażowani w politykę integracji zawodowej grup społecznie marginalizowanych. Zgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp, którego pierwowzorem jest art. 20 dyrektywy 2014/24/UE, zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób

będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w tym np. osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2018 r., poz. 511 z późn. zm.).

WSKAŹNIK ZATRUDNIENIA

Zgodnie z art. 22 ust. 2a Pzp zamawiający może ustalić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jaki minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej grup zaliczanych do marginalizowanych (np. niepełnosprawnych) będzie wymagany, by wykonawca nie był wykluczony z postępowania. Zamawiający, który chce preferencyjnie traktować wykonawców działających w sferze integracji zawodowej, wyznacza ten wskaźnik na poziomie co najmniej 30% osób zatrudnionych. Zatrudniającym może być każdy podmiot, nie jest wymagane posiadanie statusu zakładu pracy chronionej.

Poziom zatrudnienia sięgający 30% lub wyższy odnosi się do całego podmiotu lub jego wyodrębnionej jednostki organizacyjnej, jeśli taka jednostka będzie realizować zamówienie. W praktyce jednostką realizującą zamówienie jest oddział w rozumieniu przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym⁵. Może być to także inna jednostka organizacyjna (nieuwidaczniana, jak ma to miejsce w przypadku oddziału w KRS), jeśli jej organizacyjne wyodrębnienie ma miejsce. Nie jest przy tym konieczne wyodrębnienie finansowe. Wystarczy odrębność organizacyjna, by ustalić z całą pewnością, że niepełnosprawne osoby zatrudnione świadczą pracę właśnie w tej jednostce. Będzie to więc np. konkretny zakład produkcyjny spółki, który stanowi miejsce zatrudnienia niepełnosprawnych lub innej grupy defaworyzowanej w proporcji ponad 30% zatrudnionych, mimo że w całej spółce poziom zatrudnienia osób z takiej grupy społecznej nie przekracza 30%. O ile zamówienie będzie realizowane przez część przedsiębiorstwa ułożoną w tym zakładzie – wymóg zostanie spełniony.

WAŻNE !

Zatrudnienie, o którym mowa w przepisie, nie musi być zatrudnieniem na podstawie prawa pracy. Przepis wyraźnie mówi o zatrudnionych, a nie pracownikach, co oznacza, że każda forma zatrudnienia – w tym umowy cywilnoprawne z osobami należącymi do marginalizowanych grup – będzie wliczana w wymagany procent zatrudnienia, a nie tylko osoby świadczące pracę na podstawie przepisów prawa pracy.

Zgodnie z kodeksowym ujęciem pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę⁶. W związku

z tym pracownikiem nie jest osoba, z którą zawarto umowę cywilnoprawną, np. umowę-zlecenie czy umowę o dzieło, ani osoba prowadząca działalność gospodarczą. Jednak pojęcie „zatrudniony” użyte w przepisie musi być interpretowane zgodnie z jego znaczeniem w prawie UE, gdyż przepis art. 22a ust. 2 Pzp jest odwzorowaniem normy dyrektywy 2014/24/UE⁷.

Pracownikiem jest osoba, która wykonuje uzasadnione gospodarczo i mające wymierną wartość ekonomiczną czynności na rachunek i pod kierunkiem innej osoby, otrzymując za to wynagrodzenie⁸. Nieistotny jest wymiar pracy ani wysokość wynagrodzenia. Nie jest istotna również podstawa prawna świadczenia pracy.

WAŻNE !

Zamawiający, który korzysta z dyspozycji art. 22 ust. 2 Pzp i wskazuje, że o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1 mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, których dotyczy art. 22 ust. 2 Pzp nie może zmodyfikować postanowieniem SIWZ przepisu o charakterze *ius cogens*. Niezbędne jest więc do udziału w postępowaniu, aby zatrudnienie osób z grup defaworyzowanych wynosiło minimum 30%.

SPOSÓB SPEŁNIANIA WYMOGU ZATRUDNIENIA

Zgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp konieczne jest rozstrzygnięcie, czy gdy ofertę składa wykonawca niezatrudniający niepełnosprawnych, może powołać się na ich zatrudnianie przez podwykonawców lub tzw. podmioty trzecie, które wesprą go, użyczając potencjału niezbędnego do wykonania zamówienia.

Art. 22
ust. 2 Pzp

Artykuł 22a Pzp zezwala, by, wykonawcy mogli wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez współpracę z innymi podmiotami. Potwierdza to także TSUE w orzeczeniu C-176/98⁹:

Art. 22a
Pzp

(...) jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej, po to by zostać dopuszczonym do przetargu, spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej, a są niezbędne do wykonania zamówienia.

II Już w obowiązującej od 2004 r. dyrektywie 2004/18/WE zwrócono uwagę na konieczność tworzenia rozwiązań przyjaznych dla podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne.

Zarówno art. 22a Pzp, jak i cytowane orzeczenie TSUE, nie dotyczą zatrudniania osób z grup defaworyzowanych. Jest to wymóg odrębny od sytuacji finansowej, ekonomicznej lub technicznej przywołanej przez TSUE. Także językowa wykładnia art. 22 ust. 2 Pzp wskazuje jednoznacznie, że osoby takie ma zatrudniać wykonawca. Nie jest więc możliwe zatrudnienie pośrednie – przez podmiot współpracujący z wykonawcą, by skorzystać z preferencji wynikającej z przepisu.

Wykonawcą – zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp – jest osoba lub inna jednostka organizacyjna ubiegająca się o zamówienie i wyłącznie zatrudnienie niepełnosprawnych w tej jednostce pozwoli na spełnienie ustawowego wymogu. Wykonawcą jest także – zgodnie z art. 23 ust. 1 Pzp – konsorcjum (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia). W tym przypadku nie ma podstaw prawnych, by żądać, aby odpowiedni poziom zatrudnienia niepełnosprawnych spełniał każdy z członków konsorcjum. Wymóg ten powinien być oceniany łącznie.

Art. 2
pkt 11 PzpArt. 23
ust. 1 Pzp

O ile zatrudnienie niepełnosprawnych w konsorcjum ocenianym łącznie przekracza wymagany procent, o tyle nie ma znaczenia dla celu przepisu, by preferować zatrudnienie niepełnosprawnych równomiernie rozłożone pomiędzy członków konsorcjum względem zatrudnienia w większości lub w całości, np. w jednym podmiocie będącym członkiem konsorcjum. Tezę tę potwierdza orzecznictwo¹⁰.

Może jednak okazać się, że wykładnia ta doprowadzi do sytuacji, w której dojdzie do obejścia przepisu, którego celem było wzmocnienie pozycji podmiotów tworzących miejsca pracy dla osób niepełnosprawnych w liczbie znaczącej dla danego przedsiębiorstwa. Związanie konsorcjum nie może więc stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników niepełnosprawnych, a zamierzają jedynie korzystać z potencjału podmiotu mającego status zakładu pracy chronionej. Należy więc opowiedzieć się za łącną oceną poziomu zatrudnienia niepełnosprawnych przez członków konsorcjum, jednakże z uwzględnieniem konieczności zatrudniania takich osób przez każdego członka konsorcjum.

Kolejnym pytaniem wymagającym odpowiedzi jest to, czy wykonawca, który osiąga odpowiedni poziom zatrudnienia niepełnosprawnych, musi wykonać zamówienie samodzielnie, dając faktycznie pracę tym osobom, czy też może pominąć takie osoby w realizacji zamówienia, a także czy może np. posłużyć się przy wykonywaniu zamówienia podwykonawcą, który wymogu tego nie spełnia.

WAŻNE !

Przepis art. 22 ust. 2 Pzp dotyczy wyłącznie zatrudniania osób niepełnosprawnych, jako podstawy do udziału wykonawcy w postępowaniu. Nie zobowiązuje natomiast wykonawcy do korzystania z ich pracy przy realizacji zamówienia.

Jego zastosowanie w postępowaniu nie daje więc tym osobom gwarancji posiadania rzeczywistej pracy, lecz jedynie formalnego zatrudnienia. Możliwe jest więc także skorzystanie z podwykonawstwa (także przedsiębiorców niezatrudniających niepełnosprawnych) w zakresie, w jakim wskazano to w ofercie.

Rozstrzygnięcia wymaga także to, co oznacza w praktyce, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 2 Pzp działalność zakładu obejmuje społeczną i zawodową integrację osób z grup marginalizowanych społecznie. W szczególności trzeba ustalić, czy dla spełnienia tego wymogu wystarczy zatrudnienie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności.

REHABILITACJA SPOŁECZNA I ZAWODOWA

Odpowiedzi na postawione powyżej pytanie należy poszukać w przepisach ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych¹¹. Rehabilitacja dzieli się bowiem na zawodową (art. 8 ustawy o rehabilitacji) i społeczną (art. 9 ustawy o rehabilitacji).

Rehabilitacja zawodowa ma na celu ułatwienie osobie niepełnosprawnej uzyskania i utrzymania odpowiedniego zatrudnienia i awansu zawodowego przez umożliwienie jej korzystania z poradnictwa zawodowego, szkolenia zawodowego i pośrednictwa pracy. Do realizacji tego celu, prowadzą działania polegające na:

- ✓ dokonaniu oceny zdolności do pracy, w szczególności przez:
 - przeprowadzenie badań lekarskich i psychologicznych umożliwiających określenie sprawności fizycznej, psychicznej i umysłowej do wykonywania zawodu oraz ocenę możliwości zwiększenia tej sprawności,
 - ustalenie kwalifikacji, doświadczeń zawodowych, uzdolnień i zainteresowań;
- ✓ prowadzeniu poradnictwa zawodowego uwzględniającego ocenę zdolności do pracy oraz umożliwiającego wybór odpowiedniego zawodu i szkolenia;
- ✓ przygotowaniu zawodowym z uwzględnieniem perspektyw zatrudnienia;
- ✓ doborze odpowiedniego miejsca pracy i jego wyposażenie;
- ✓ określeniu środków technicznych umożliwiających lub ułatwiających wykonywanie pracy, a w razie potrzeby – przedmiotów ortopedycznych, środków pomocniczych, sprzętu rehabilitacyjnego itp.

Rehabilitacja społeczna ma na celu umożliwienie osobom niepełnosprawnym uczestnictwa w życiu społecznym i jest realizowana przede wszystkim przez:

- ✓ wyrabianie zaradności osobistej i pobudzanie aktywności społecznej osoby niepełnosprawnej,
- ✓ wyrabianie umiejętności samodzielnego wypełniania ról społecznych,
- ✓ likwidację barier, w szczególności architektonicznych, urbanistycznych, transportowych, technicznych, w komunikowaniu się i dostępie do informacji,
- ✓ kształtowanie w społeczeństwie właściwych postaw i zachowań sprzyjających integracji z osobami niepełnosprawnymi.

Dla spełnienia wymogu działań obejmujących społeczną i zawodową integrację osób niepełnosprawnych nie jest więc wystarczający jedynie fakt zatrudnienia dowolnej osoby niepełnosprawnej. Zatrudnienie to musi łączyć się choćby z wybranymi działaniami z zakresu pojęcia rehabilitacji zawodowej i społecznej. Spójnik „i” oznacza, że spośród czynności właściwych dla określonego rodzaju rehabilitacji konieczne jest prowadzenie choćby jednego działania. Wydaje się, że najprostsze jest wykazanie, iż z zakresu rehabilitacji zawodowej wykonano działanie polegające na doborze odpowiedniego miejsca pracy i jego wyposażenie, zaś z zakresu rehabilitacji społecznej dokonano likwidacji w miejscu pracy barier w komunikowaniu. Działania te mogą być podejmowane wobec osób z dowolną niepełnosprawnością.

WAŻNE !

Dążąc do zwiększenia miejsc pracy dla niepełnosprawnych dzięki wykorzystaniu rynku zamówień publicznych, nie można ograniczać się do art. 22 Pzp. Przepisem istotniejszym wydaje się art. 29 ust. 4 pkt 3 Pzp. Jest to podstawa żądania przez zamawiającego, by określone świadczenie (w całości lub wskazanej części), które jest przedmiotem zamówienia, było wykonane przez zatrudnianych przez wykonawcę niepełnosprawnych.

Ten przepis jest podstawą żądania, by osoby niepełnosprawne faktycznie pracowały przy realizacji zamówienia.

W odróżnieniu od art. 22 ust. 2 przepis art. 29 ust. 4 Pzp nie pozwala jednak żądać, by zatrudnienie niepełnosprawnych miało miejsce już w toku ubiegania się o zamówienie. Żądanie zatrudnienia umieszczone w opisie przedmiotu zamówienia dotyczy fazy realizacji zamówienia (zgodnie z tym opisem). Wykonawca, ubiegając się o zamówienie, przyjmuje, że jeśli jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza i stanie się podstawą zawarcia umowy, to przy jej wykonywaniu zatrudnienie zgodne z opisem przedmiotu zamówienia staje się jego obowiązkiem.

Art. 8–9
ustawy
o rehabilitacji
zawodowej
i społecznej

Art. 29 ust. 4
pkt 3 Pzp

Ustawa Pzp nie rozstrzyga natomiast, czy zamawiający może wskazać, jaka niepełnosprawność będzie uznana za spełnienie wymogu zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że zamawiający może swobodnie wskazywać rodzaj niepełnosprawności (zarówno jej stopień, jak i dysfunkcję), bo mogłoby to prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji pewnych grup niepełnosprawnych względem innych. Zamawiający powinien posiadać jednak swobodę w dopasowaniu aprobowanej niepełnosprawności do przedmiotu zamówienia. Pewne niepełnosprawności są bowiem nieprzezwyciężalną przeszkodą w wykonywaniu określonych czynności i jest oczywiste, że takie osoby nie mogą być kierowane do ich wykonywania. Jednakże co do zasady, to pracodawca (wykonawca zamówienia), tworząc stanowiska pracy, dopasowuje je do określonej dysfunkcji, i jeśli przedmiot zamówienia potrafi prawidłowo zrealizować przy wykorzystaniu pracy dowolnego niepełnosprawnego – zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia prawa posłużenia się dowolnymi niepełnosprawnymi przy wykonywaniu umowy o zamówienie publiczne.

Podobnie nieuprawnione jest żądanie, by niepełnosprawni byli osobami z określonego terytorium (np. Rzeczypospolitej Polskiej, konkretnej gminy, powiatu itp.)¹² – stanowiłoby to niedopuszczalną preferencję krajową lub lokalną sprzeczną z zasadą równego traktowania. Nie wymaga bowiem dowodu fakt, że zatrudnienie osób zamieszkałych na wskazanym terenie jest łatwiejsze dla wykonawców z tego terenu, co uprzywilejowuje ich wbrew art. 7 ust. 1 i 1a Pzp względem pozostałych wykonawców.

WAŻNE !

Stosowanie jakichkolwiek preferencji, które niektórym lub wszystkim wykonawcom krajowym [lokalnym] tworzą lepsze warunki do ubiegania się o zamówienie niż wykonawcom z innych krajów UE jest konsekwentnie uznawane przez Trybunał Sprawiedliwości UE za niezgodne z TFUE¹³.

Zatrudnianie osób niepełnosprawnych oraz warunki tego zatrudnienia mogą stanowić także tzw. społeczne kryterium oceny ofert. Kryterium tego nie należy mylić ze statusem wykonawcy (statusem podmiotu zatrudniającego określony procent osób niepełnosprawnych). Ten status może stanowić warunek udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 2 Pzp. Kryterium zaś polega na preferowaniu oferty, która proponuje – niezależnie od tego, od kogo pochodzi – korzystanie z pracy osób z grupy społecznej, na której zatrudnieniu zależy sektorowi publicznemu (zamawiającemu).

KRYTERIUM ZATRUDNIENIA

Ponieważ zgodnie z art. 91 Pzp kryteria mają dotyczyć przedmiotu zamówienia, zatrudnienie niepełnosprawnych nie może być oceniane w oderwaniu od wykonywania umowy

o zamówienie publiczne. Za niedopuszczalne (dotyczące podmiotu wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia) należy więc uznać kryterium, które polegałoby na ocenie całościowego poziomu zatrudnienia niepełnosprawnych w przedsiębiorstwie wykonawcy.

W kryterium chodzi wyłącznie o zatrudnienie niepełnosprawnych przy realizacji konkretnego zamówienia, o które wykonawcy się ubiegają. Jest to kryterium oceniane na podstawie deklaracji (oświadczenia) wykonawcy. Oświadczenie to, składane w ofercie, jest wiążące w przypadku wygranej w postępowaniu.

WAŻNE !

Odmienne od deklarowanego wykonywanie zawartej po postępowaniu umowy powinno być przedmiotem sankcji umownych (zgodnie z przewidzianym w niej katalogiem), aż do odstąpienia od umowy ze względu na spełnianie świadczenia niezgodnie z treścią oferty.

Zasadność sankcji odstąpienia od umowy wynika przede wszystkim z braku sankcji ustawowej za niewywiązanie się ze zobowiązania do zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Zgodnie bowiem z art. 140 ust. 1 Pzp treść oferty i treść umowy winny być tożsame jedynie co do zakresu świadczenia, a zakres świadczenia ujętego w umowie wykraczający poza zakres oferty podlega unieważnieniu. Przepis ten nie dotyczy jednak sposobu wykonywania zamówienia (np. przy deklarowanym w ofercie udziale osób niepełnosprawnych), lecz jego zakresu rzeczowego.

PODSUMOWANIE

Kryterium zatrudnienia osób niepełnosprawnych może stanowić proste kryterium procentowe, tj. udział zatrudnionych niepełnosprawnych w całości personelu realizującego zamówienie. Może także odnosić się do zatrudnienia na określonych stanowiskach (przy pominięciu innych) albo uwzględniać przyznawanie różnych ocen za zatrudnienie niepełnosprawnych na poszczególnych stanowiskach pracy. Nie ma również przeszkód prawnych, by kryterium to dotyczyło nie tylko faktu zatrudnienia niepełnosprawnego, ale także warunków, w których niepełnosprawny pracuje, aż do wysokości wynagrodzenia takiej osoby włącznie [finansowe warunki zatrudnienia]. Jest oczywiste, że wykonawca, który lepiej wynagradza osoby zatrudniane do realizacji zamówienia, ponosi wyższe koszty [co wpływa na wyższą cenę oferty]. Aby więc finansowe warunki zatrudnienia osób niepełnosprawnych były godziwe, oferta wykonawcy powinna zyskiwać wysoką ocenę w przypadku przeznaczenia z ceny

za wykonanie zamówienia jak największej części na płace dla zatrudnionych, w tym zatrudnionych niepełnosprawnych. Ponadto ocenie może podlegać zakres oferowanych zatrudnionym osobom niepełnosprawnym w toku realizacji zamówienia świadczeń rehabilitacji zawodowej i społecznej.

Z długiej listy czynności składających się na oba rodzaje rehabilitacji [por. wyżej] lepszą ocenę przyznaje się wówczas ofercie, w której wykonawca wskaże wypełnienie jak najszerszego zakresu świadczeń rehabilitacyjnych. Kryterium społecznym może być nie tylko zatrudnianie niepełnosprawnych w trakcie wykonywania zamówienia, ale także ich zatrudnienie

w toku eksploatacji przedmiotu zamówienia, tj. takie zrealizowanie przedmiotu zamówienia, które do jego dalszego używania pozwoli zatrudniać osoby niepełnosprawne.

Szczegółowy i ostateczny kształt kryteriów oceny ofert (także kryteriów społecznych) winien być dostosowany do konkretnych okoliczności, w tym przedmiotu zamówienia. Jednakże dążenie do zwiększenia zatrudnienia niepełnosprawnych w makroskali powinno być powodem, dla którego zamawiający rozważy kryterium, które poza osiągnięciem podstawowego celu zamówienia będzie preferować rozwiązanie korzystne społecznie.

Bibliografia:

- Komunikat Komisji dotyczący ustawodawstwa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych oraz możliwości zintegrowanego społecznego podejścia do zamówień KOM (2001) 566, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0566:FIN:EN:PDF>.
- Gawrońska-Baran A., *Klauzule społeczne w zamówieniach publicznych*, Legalis dostęp: 15.09.2018.
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012.
- Wyrok TSUE z dnia 3 lipca 1986 r. w sprawie C-66/85 Deborah Lawrie-Blum przeciwko Land Baden-Württemberg. Zb.Orz TSUE 1986.
- Wyrok TSUE z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/orzecznictwo/orzecznictwo-tsue/orzecznictwo-tsue-z-lat-1990-1999>; dostęp: 1.10.2018.
- Wyrok TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98. Zb. Orz. TSUE 1999 I-08607.
- Wyrok KIO z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2255/12.
- Wyrok TSUE z dnia 20 marca 1990 r., C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara, CURIA https://www.uzp.gov.pl/___data/assets/pdf_file/0015/28311/Orzeczenie2021_88.pdf; dostęp: 1.10.2018.

Przypisy:

- ¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0566:FIN:EN:PDF>.
- ² Por. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012, s. 29 i nast.
- ³ Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE [Dz. U. UE L. 2014.94.65].
- ⁴ Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE [Dz. U. UE L. 2014.94.65].
- ⁵ Artykuł 38 pkt 1 lit. d ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym [tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 986].
- ⁶ Artykuł 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy [tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 917].
- ⁷ Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [Dz. Urz. UE L. 94 z 28.3.2014].
- ⁸ Wyrok TSUE z 3 lipca 1986 r. w sprawie C-66/85 Deborah Lawrie-Blum przeciwko Land Baden-Württemberg. Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 1986.
- ⁹ Orzeczenie TSUE z 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98. Orzeczenie TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Zb. Orz. TSUE 1999 I-08607.
- ¹⁰ Na przykład wyrok KIO z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2255/12.
- ¹¹ tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1076.
- ¹² Por. A. Gawrońska-Baran, *Klauzule społeczne w zamówieniach publicznych*, Legalis dostęp: 15.09.2018.
- ¹³ Na przykład w wyroku z 20 marca 1990 r., C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara, CURIA.



Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o.

– lider na rynku doradczym i szkoleniowym z zakresu prawa zamówień publicznych oraz pomocy publicznej.

W ramach **usług doradczych** zapewniamy:

- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania,
- wsparcie w zakresie środków ochrony prawnej,
- przygotowywanie opinii na temat stosowania przepisów o zamówieniach publicznych,
- audyt procedur wewnętrznych obowiązujących u zamawiających.

W ramach autorskich **szkoleń** bazujemy na ciekawych przypadkach z praktyki, **orzeczeniach** KIO oraz sądów okręgowych. Szkolenia organizowane są na terenie całej Polski.

Eksperci Grupy Doradczej Sienna Sp. z o.o. to prawnicy o wieloletnim i bogatym doświadczeniu w rozwiązywaniu spraw trudnych, profesjonalni wykładowcy akademicy, autorzy komentarza do ustawy i licznych publikacji.

www.grupasienna.pl

Kontakt: grupasienna@grupasienna.pl lub 022 654 77 41



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

SKŁADANIE OFERT



Od 18 października 2018 r. obowiązują przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, z których wynika odejście od pisemnej formy składania ofert na rzecz formy elektronicznej – w postępowaniach powyżej progów unijnych.

Wprowadzenie elektronizacji zamówień publicznych, które jest efektem konieczności implementacji dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, zakłada, że elektroniczne składanie ofert ma doprowadzić do ułatwień dla wykonawców, którzy ubiegają się o dostęp do zamówień publicznych. Elektronizacja ma umożliwiać szybszą i bardziej skuteczną komunikację między zamawiającym a wykonawcą.

KOMUNIKACJA

Ustawodawca wprowadził obowiązek komunikacji zamawiającego z wykonawcami za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Środki komunikacji elektronicznej w myśl art. 2 pkt 17 Pzp i w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1219 i z 2018 r., poz. 650) to: (...) *rozwiązania techniczne*,

Art. 2 pkt 17 Pzp; art. 2 pkt 5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną

w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztą elektroniczną.

WAŻNE !

Środkami komunikacji elektronicznej będą zatem ePUAP, elektroniczna skrzynka podawcza, poczta elektroniczna, dedykowany system przeznaczony do komunikacji pomiędzy zamawiającym a potencjalnymi wykonawcami i przez niego zarządzany.

SKŁADANIE OFERT

Do złożenia oferty w postępowaniach powyżej progów unijnych wykonawca musi posiadać niezbędne narzędzia umożliwiające czynności podpisywania dokumentów w formie elektronicznej, a zatem podpis kwalifikowany, posiadając dostęp do profilu zaufanego, a więc mieć również założone konto na platformie ePUAP. W celu składania ofert i wprowadzania zamówień przez zamawiających Urząd Zamówień Publicznych udostępnił platformę miniPortal. Jest to ogólnodostępne narzędzie do komunikacji elektronicznej, zapewniające aplikację do szyfrowania i deszyfrowania ofert. W planach jest również uruchomienie platformy centralnej e-Zamówienia, ma być ona dostępna w drugiej połowie 2019 r., w związku z czym elektroniczność zamówień poniżej progów unijnych przesunięto na styczeń 2020 r. Na rynku działają również komercyjne portale, a niektóre podmioty dysponują własnym systemem, np. Centrum Obsługi Administracji Rządowej.

NARZĘDZIE SKŁADANIA OFERT I KOMUNIKACJI W POSTĘPOWANIU – PLATFORMA EPUAP

Platforma ePUAP udostępnia obywatelom i przedsiębiorcom usługi w zakresie komunikacji elektronicznej z administracją publiczną. Dzięki ePUAP podmioty administracji publicznej oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne mogą bezpłatnie udostępniać swoje usługi w postaci elektronicznej, nie muszą budować własnego systemu informatycznego.

WAŻNE !

Dzięki platformie możliwe jest szybkie i bezpieczne składanie ofert przez wykonawców w postępowaniach dotyczących zamówień publicznych wraz z uruchomioną platformą miniPortal. MiniPortal jest zintegrowany z platformą ePUAP, za pośrednictwem której można składać oferty i wnioski w postępowaniach.

Konieczne jest założenie konta na platformie ePUAP przez wykonawcę w celu uzyskania możliwości przesłania oferty za jej pośrednictwem.

Zadania ePUAP i miniPortalu:

- ✓ ePUAP umożliwia złożenie, zmianę lub wycofanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest odpowiedzialny za przechowywanie zaszyfrowanych ofert w skrzynce odbiorczej zamawiającego oraz wszelką komunikację pomiędzy zamawiającym a wykonawcami dotyczącą postępowania, która odbywać się będzie za pomocą formularzy dostępnych na platformie ePUAP;
- ✓ miniPortal odpowiedzialny jest za generowanie i pilnowanie kluczy do szyfrowania i deszyfrowania ofert.

PODPIS ELEKTRONICZNY

Aby złożyć ważną ofertę w postępowaniu, należy ją opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Artykuł 10a pkt 5 Pzp: *Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

WAŻNE !

Aby zakupić certyfikat (elektroniczny podpis kwalifikowany), konieczne jest potwierdzenie tożsamości osoby kupującej, która będzie posługiwać się podpisem.

W tym celu niezbędny jest dokument tożsamości ze zdjęciem (dowód osobisty lub paszport). W przypadku osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej konieczne jest potwierdzenie prawa do reprezentacji jednostki. Po sprawdzeniu formalnym zostaje przygotowany certyfikat, który należy odebrać osobiście. Niezbędne jest bowiem potwierdzenie prawidłowości danych zawartych w certyfikacie. Po dokonaniu tych czynności można odebrać inne elementy urządzeń do składania podpisów, czyli kartę kryptograficzną z czytnikiem lub tokenem i oprogramowanie.

PODSTAWY PRAWNE ELEKTRONIZACJI

Podstawami prawnymi elektroniczacji zamówień publicznych są przepisy ustawy Pzp po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 18 października 2018 r., oraz rozporządzeń Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2018 r.:

- 1) rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych;

- 2] rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;
- 3] rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższe rozporządzenia implementują postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych dotyczące elektronicznej zamawiania do polskiego systemu prawnego.

Dyrektywa
2014/24/UE

Najważniejsze zmienione przepisy:

✓ Wskazany poprzednio art. 10a pkt 5 Pzp: *Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

Art. 10a
pkt 5 Pzp

✓ Nowe brzmienie § 3 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, w którym zrezygnowano z określania wymogów w stosunku do użycia środków komunikacji elektronicznej innych niż wymagane do przekazywania dokumentów elektronicznych, o których mowa w § 3 ust. 1 i 2.

§ 3 rozporządzenia
w sprawie środków
komunikacji elektro-
nicznej

✓ Nowe brzmienie § 5 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, który zapewnia, aby nie tylko dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, ale i oświadczenia, które nie zostały oryginalnie sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, natomiast w postaci dokumentu papierowego opatrzonego własnoręcznym podpisem, mogły być składane jako elektroniczna kopia takiego dokumentu lub oświadczenia, potwierdzona za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

§ 5 rozporządzenia
w sprawie środków
komunikacji elektro-
nicznej

✓ Nowe brzmienie § 14 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym uchylono ust. 1 oraz zmieniono § 14 ust. 2.

§ 14 rozporządzenia
w sprawie rodzajów do-
kumentów

POSTĘPOWANIE Z UŻYCIEM MINIPORTALU UZP

W przypadku gdy zamawiający korzysta z miniPortalu UZP, zamieszcza informację o wszczęciu postępowania na tym publikatorze. Jest to rozpoczęcie czynności związanych z występowaniem w takim postępowaniu.

Podstawowym źródłem informacji o zamówieniach powyżej progów unijnych jest portal SIMAP z ogłoszeniami Urzędu Publikacji Unii Europejskiej (tzw. ogłoszenia unijne). W portalu tym publikowane są wszystkie ogłoszenia o postępowaniach powyżej progów unijnych – niezależnie od tego, czy dany zamawiający korzysta z miniPortalu UZP, czy też opiera swoje procedury na komercyjnych platformach.

KOMUNIKACJA WYKONAWCY Z ZAMAWIAJĄCYM ZA POŚREDNICTWEM MINIPORTALU

MiniPortal UZP przekierowuje do platformy ePUAP. Oprócz formularzy ofertowych na platformie ePUAP dostępne są formularze służące do komunikacji między wykonawcą a zamawiającym.

Dzięki platformie ePUAP możliwe jest wnoszenie pytań do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 Pzp, a co za tym idzie – możliwość uzyskania oficjalnej i wiążącej wykładni zamawiającego co do treści postanowień SIWZ.

Art. 38
ust. 1 Pzp

Możliwe jest również zwrócenie uwagi zamawiającemu na nieprawidłowość postanowień SIWZ czy wzoru umowy – bez konieczności wniesienia odwołania do KIO.

OFERTA – FORMULARZ OFERTOWY/FORMULARZ CENOWY

Na gruncie Pzp za ofertę uznaje się oświadczenie wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, będące jednostronnym zobowiązaniem wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia na rzecz zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez wykonawcę wybrana została jako najkorzystniejsza i z wykonawcą tym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W przepisach Pzp dokonuje się rozróżnienia na ofertę oraz dokumenty niebędące ofertą, składane wraz z ofertą. Dodatkowymi dokumentami będą zatem JEDZ i potwierdzenie wniesienia wadium.

Jako ofertę – w sensie ścisłym – uważa się formularz cenowy, który wypełniany jest przez wykonawcę. Formularz ten musi być podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

JEDNOLITY EUROPEJSKI DOKUMENT ZAMÓWIENIA

JEDZ odgrywa kluczową rolę już na początkowym etapie postępowania, czyli przy ustalaniu braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w postępowaniu. Konieczne jest jego złożenie w zamówieniach, które przekraczają progi unijne (docelowo stosowany będzie we wszystkich rodzajach zamówień). Dzięki niemu wykonawcy unikną uciążliwego przedstawienia pełnej dokumentacji czy wypełniania szeregu innych formularzy. Jednolity europejski dokument zamówienia musi być podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

WADIUM

Zgodnie z art. 45 ust. 1 Pzp w postępowaniach przekraczających progi unijne zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wniesienia wadium. Nie musi być ono wniesione wraz z ofertą – ważne, aby było wniesione przed upływem terminu składania ofert.

Różnie ocenia się spełnianie tego wymogu w zależności od formy wadium. Jeśli wadium ma postać dokumentu, np. gwarancji, powinno być złożone albo wraz z ofertą – konieczne jest zatem włączenie takiego wadium do zaszyfrowanego pliku wysłanego wraz z ofertą i innymi dokumentami zamawiającemu. Co istotne, dokument gwarancji powinien być oryginalnym dokumentem elektronicznym.

W przypadku wadium złożonego w formie pieniężnej decydujący jest moment wpływu środków na konto zamawiającego wskazane w SIWZ, który powinien być nie późniejszy niż dzień i godzina składania ofert. Warto również załączyć do oferty dowód wpłaty wadium, aby zamawiający nie musiał samodzielnie sprawdzać w swoim systemie księgowym, czy wadium wpłynęło.

INNE DOKUMENTY SKŁADANE WRAZ Z OFERTĄ

Wraz z ofertą składane są – w zależności od sytuacji – również inne dokumenty, takie jak pełnomocnictwo upoważniające do złożenia oferty, zobowiązanie oraz jednolity europejski dokument zamówienia podmiotu trzeciego (jeśli występuje). Te dokumenty również muszą być podpisane kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi.

SZYFROWANIE

Aby zaszyfrować ofertę oraz dołączane do niej dokumenty, konieczne jest pobranie aplikacji do szyfrowania ze strony miniPortal Urzędu Zamówień Publicznych. Po instalacji programu należy go otworzyć i wybrać opcję „Wykonawca”, wówczas pojawi się okno, w którym należy uzupełnić identyfikator postępowania. Identyfikator ten podawany jest w miniPortalu.

Z poziomu listy postępowań należy wejść na podstronę „Szczegóły postępowania” dotyczącą danego postępowania. Po uzupełnieniu identyfikatora należy wybrać opcję „Wybierz plik do szyfrowania”, a następnie wybrać wcześniej przygotowany plik z ofertą (może być w formacie PDF, a gdy na ofertę składa się więcej plików, należy przenieść do jednego folderu, a następnie folder skompresować do formatu .zip).

Kolejna czynność to wybór klucza publicznego – dostępny jest on na stronie postępowania w miniPortalu. Należy go pobrać, a później wykorzystać w aplikacji. Po uzupełnieniu pola „Identyfikator postępowania” oraz wyborze pliku do zaszyfrowania oraz klucza publicznego – wybrać opcję „Szyfruj”. Zasyfrowany plik można zapisać we wskazanej lokalizacji na dysku, a podczas składania oferty przez miniPortal dołączyć go do formularza ofertowego.

ZŁOŻENIE OFERTY ZA POMOCĄ MINIPORTALU I EPUAP

Do złożenia oferty za pośrednictwem portali ePUAP i miniPortal konieczne jest wcześniejsze założenie konta ePUAP. Po założeniu się do miniPortalu należy wybrać „Formularz do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku”. Następnie należy wypełnić otwarty formularz. Konieczne jest podanie identyfikatora TED zamówienia, którego dotyczy złożenie oferty – dostępny jest w miniPortalu w szczegółach postępowania, a także w dokumentach postępowania (np. w pliku ogłoszenia na stronie zamawiającego). Po wpisaniu identyfikatora pozostałe dane dotyczące podmiotu zamawiającego uzupełnią się automatycznie.

Kolejnym krokiem jest uzupełnienie danych dotyczących wykonawcy. W tym celu należy zaznaczyć, czy jest się podmiotem zagranicznym, czy krajowym. W przypadku podmiotów z Polski dane uzupełnią się automatycznie, tj. zostaną pobrane z naszego konta ePUAP. Następnie należy wybrać, jakie treści mają zostać wysłane – oferta czy wniosek – oraz uzupełnić adresata.

WAŻNE !

Najważniejszym krokiem składania oferty elektronicznej jest dodanie załączników. Załącznikiem jest przedstawiana przez nas oferta, po wcześniejszym jej zaszyfrowaniu za pomocą aplikacji dostępnej do ściągnięcia przez miniPortal.

PO ZŁOŻENIU OFERTY

Wykonawca dysponuje potwierdzeniem jej złożenia. Wtedy powinien oczekiwać na upływ terminu do jej złożenia, a następnie na otwarcie ofert.

CDN.

Od wielu lat publikujemy ich artykuły na łamach „Monitora Zamówień Publicznych” lub korzystamy z przygotowanego przez nich warsztatu pracy. Najmniej wiemy o autorach, dlatego rozpoczynamy nowy cykl wywiadów, w których rozmawiać będziemy z ludźmi zamówień publicznych o ich zawodowej pasji.



DR ANDRZEJA GAWROŃSKA-BARAN

RADCA PRAWNY, BYŁA WICEPREZES URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH,
AUTORKA KOMENTARZY DO USTAWY PZP ORAZ LICZNYCH PRAC
NA TEMAT ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Rozmawiała: Elżbieta Cierlica

ZAMÓWIENIA – PRZYPADEK I FASCYNACJA

MZP: Znają Panią wszystkie osoby, które zajmują się zamówieniami publicznymi zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy. Może nie osobiście, ale nie można pracować w zamówieniach, jeśli się nie przeczytało choć jednej Pani książki. Ile ich Pani napisała?

Andrzejka Gawrońska-Baran: Rzeczywiście, trochę książek dotyczących zamówień publicznych napisałam. Myślę, że takich większych, istotnych pozycji książkowych, których jestem autorką, jest ponad dwadzieścia. Ostatnio nawet zastanawiałam się, ile ich samodzielnie napisałam, a ile wspólnie z innymi.

Dla mnie istotne są jednak również teksty naukowe i popularyzatorskie – jak je często nazywamy – dzięki którym sama się rozwijam i przekazuję uczestnikom rynku zamówień publicznych swoją wiedzę, nie tylko teoretyczną, ale także praktyczną. Przez kilkanaście lat mojej pracy w zamówieniach publicznych tych tekstów – zabrzmi nieskromnie – nazbierało się już tysiące.

Ostatnio podjęłam wyzwanie jako prawnik-humanistka i napisałam książki dotyczące elektronizacji zamówień. Jedną wspólnie z koleżanką, a drugą sama. Ta druga to *E-zamówienia publiczne. Przewodnik po elektronicznych zamówieniach publicznych*, wydana przez Infor.

MZP: *Wydawca promuje Pani książkę jako poradnik, który krok po kroku omawia elektroniczną procedurę udzielania zamówień publicznych, zawiera praktyczne zestawienia tych elementów postępowania, które zmieniły się na skutek elektronizacji. Co znajdzie w tym poradniku praktyk zamówieniowic i praktyk wykonawca?*

AGB: W książce zawarłam taką treść, jaką sama chciałam otrzymać w publikacji, aby móc zrozumieć istotę elektronizacji i właściwie prowadzić elektroniczne postępowanie czy też skutecznie ubiegać się o zamówienie publiczne.

Przywoływane przez nas często w skrócie stwierdzenie „elektronizacja” to przecież prowadzenie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej całego procesu komunikacji w relacji zamawiający – wykonawca. Praktyk zamówieniowic znajdzie więc w mojej książce liczne wskazówki dotyczące kwalifikowanego podpisu elektronicznego, jego rodzajów, metod weryfikacji, a nawet zrzuty z ekranu. Ponadto w publikacji omawiam poszczególne regulacje prawne związane ze zmienionymi przepisami, podpierając je często przykładami, w tym przykładami postanowień do wykorzystania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To powinno ułatwić zamawiającemu opanowanie i wdrożenie przepisów, a w konsekwencji prowadzenie postępowania zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych i obowiązującymi rozporządzeniami.

Uznałam, że warto w sposób praktyczny przedstawić te trudne zagadnienia, ponieważ zauważam podczas wielu szkoleń, że znaczna część problemów związanych z elektronizacją to właśnie trudność w zrozumieniu „technicznych” aspektów elektronizacji zamówień publicznych.

Przywoływane przez nas często w skrócie stwierdzenie „elektronizacja” to przecież prowadzenie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej całego procesu komunikacji w relacji zamawiający – wykonawca.

Uznałam, że warto w sposób praktyczny przedstawić trudne zagadnienia, ponieważ zauważam podczas wielu szkoleń, że znaczna część problemów związanych z elektronizacją to właśnie trudność w zrozumieniu „technicznych” aspektów elektronizacji zamówień publicznych.

Jednocześnie warto pamiętać, że elektronizacja wpływa także – a można pokusić się o stwierdzenie, że przede wszystkim – na obowiązki drugiej strony postępowania o zamówienie publiczne, czyli wykonawców. To nie tylko składanie przez nich oświadczenia na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) czy ofert w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, lecz także szereg nowych rozwiązań związanych z ich obowiązkami dokumentacyjnymi co do formy sporządzania oświadczeń lub dokumentów i ich przekazywania czy też związanych z zabezpieczeniem oferty w przypadku wyboru wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź.

MZP: *Trzeba mieć dużą wiedzę i dużą odwagę, żeby wystartować na rynek z przewodnikiem związanym z elektronizacją prawie równoległe z nowymi przepisami w tej dziedzinie. Jestem pełna uznania. Kiedy zainteresowała się Pani zamówieniami i jak zdobyła Pani taką wiedzę?*

AGB: Moje zainteresowanie zamówieniami publicznymi było – można powiedzieć – przypadkowe. Prawie 17 lat temu szukałam nowego kierunku pracy zawodowej, będąc wtedy doświadczonej prawnikiem legislatozem. Znalazłam zatrudnienie w Urzędzie Zamówień Publicznych i tak się zaczęło pozyskiwanie wiedzy z zakresu zamówień publicznych.

Dobrze wspominam czas pracy w UZP, wspinały zespół koleżanek i kolegów – wielu z nich jest teraz także cenionymi ludźmi zamówień publicznych. Potwierdzeniem właściwej drogi, a także zdobytej wówczas wiedzy, było mianowanie mnie na stanowisko wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Pozyskana w UZP wiedza pozwoliła mi odnaleźć się potem nie tylko jako praktyk, ale także rozwinąć skrzydła – przygotować i obronić doktorat na temat związany *stricto* z zamówieniami publicznymi.

MZP: *Czy dla Pani zamówienia to wyłącznie odpowiedzialna praca, czy także fascynacja?*

AGB: Nierzadko słyszę podczas różnych spotkań – konferencji, szkoleń, wykładów, bo jestem aktywna na różnych polach – że to, jak przedstawiam, tłumaczę i piszę o zamówieniach publicznych, wskazuje, iż zamówienia publiczne to moja fascynacja. Nie będę tego negować. Nie zmienia to faktu, że nie jest to łatwa dziedzina specjalizacji prawniczej. Może dlatego jeszcze się nią nie znudziłam i cały czas pozwala mi zawodowo rozwijać się.

MZP: *I rozumieć problemy uczestników rynku zamówień publicznych. Które z nich – Pani zdaniem – wymagają pilnego rozwiązania?*

AGB: W mojej ocenie problemy uczestników, zwłaszcza zamawiających, rozpoczynają się już na etapie przygotowania udzielania zamówień, a mianowicie dotyczą szacowania wartości zamówień, czyli podstawowej czynności zamawiającego determinującej w znacznym stopniu późniejszą prawidłowość przeprowadzonego lub przeprowadzonych postępowań.

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych są dość ogólne, sytuacji wiele, a stanowiska odpowiednich organów, w tym kontrolnych, niestety niejednokrotnie różne. Zdaję sobie sprawę, że ta kwestia nie jest możliwa do wyczerpującego uregulowania w ustawie. Niemniej jednak, w mojej ocenie, wymaga uporządkowania. Warto wpisać wprost do ustawy choćby podstawowe reguły dotyczące szacowania wartości zamówienia, które teraz wynikają jedynie z opinii i stanowisk. Mam na myśli np. sposób rozumienia i wykorzystania tzw. kryteriów tożsamościowych przy ustalaniu zamówienia – czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami niewymagającymi łącznego szacowania, a także metod ustalania wartości zamówienia na dostawy lub usługi, nie tylko te, które dziś szczątkowo są wskazane w ustawie.

Nierzadko zamawiający nie rozumieją, że łączne oszacowanie udzielanych zamówień nie oznacza obowiązku ich udzielenia w jednym postępowaniu o zamówienie

|| Kwestia szacowania wartości zamówienia jest tym bardziej istotna i pilna do uregulowania, że naruszenia będące konsekwencją nieprawidłowości w tym obszarze przy zamówieniach współfinansowanych ze środków unijnych obwarowane są niemałymi korektami finansowymi.

|| Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych są dość ogólne, sytuacji wiele, a stanowiska odpowiednich organów, w tym kontrolnych, niestety niejednokrotnie różne. Zdaję sobie sprawę, że ta kwestia nie jest możliwa do wyczerpującego uregulowania w ustawie.

publiczne. Wskazują, że nie mogą jednorazowo zamówić danego towaru czy zlecić robót budowlanych. Nie jest to dobry argument. Można bowiem – przykładowo z powodów organizacyjnych, technicznych, gospodarczych – podjąć decyzję o udzielaniu w częściach, np. w ramach odrębnych przetargów nieograniczonych, z tym że każdy taki przetarg jest wtedy prowadzony według przepisów odpowiadających ustalonej łącznej wartości zamówień.

Kwestia szacowania wartości zamówienia jest tym bardziej istotna i pilna do uregulowania, że naruszenia będące konsekwencją nieprawidłowości w tym obszarze przy zamówieniach współfinansowanych ze środków unijnych obwarowane są niemałymi korektami finansowymi. Ma to miejsce przykładowo w sytuacji, gdy zamawiający odrębnie oszacuje dane zamówienie i zamieści ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zamiast w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

MZP: *Gdybym poprosiła Panią o przedstawienie trzech najtrudniejszych interpretacji ustawy – Prawo zamówień publicznych, co by Pani wymieniła i co doradziła Cytelnikom MZP?*

AGB: Z mojego doświadczenia i analizy rynku zamówień publicznych wynika, że jedną z najtrudniejszych interpretacji ustawy Pzp jest kwestia związana z obowiązkami dokumentacyjnymi wykonawcy, w tym weryfikacją przez zamawiającego prawidłowości ich wypełnienia przez wykonawców. Pisałam o tym także na łamach „Monitora Zamówień Publicznych”. Warto byłoby przesądzić wprost w ustawie – Prawo zamówień publicznych, że zamawiający nie mogą żądać dokumentów od wszystkich wykonawców wraz z ofertą, co część zamawiających robi wbrew znowelizowanym przepisom ustawy, uzasadniając to potrzebą szybkiego procedowania, a w konsekwencji udzielenia zamówienia. Do tego dochodzą zauważalne po wejściu w życie przepisów o elektronicznej trudności w interpretacji wymogów określonych w rozporządzeniu w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w połączeniu z regulacjami podobnymi zawartymi w rozporządzeniu o elektroniczności.

Rozważenia wymaga ponadto skrócenie terminu na złożenie przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, oświadczeń lub dokumentów na wezwanie, zwłaszcza w postępowaniach o wartości zamówienia równej progom unijnym lub większej. Obecny ustawowy minimalny termin ich złożenia, wynoszący aż 10 dni, nierzadko jest postrzegany jako zbyt długi.

Niewątpliwie wymaga uregulowania wprost w ustawie Pzp rozumienie aktualności oświadczeń lub dokumentów, aby nie trzeba było w podstawowym zakresie sięgać do stanowisk, opinii, orzecznictwa.

MZP: *Dokumentacja to pierwsze zagadnienie...*

AGB: Drugie, powodujące trudności interpretacyjne, dotyczy, w mojej ocenie, opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sytuacji powoływania się przez zamawiających na nazwy własne i związanego z tym wymogu dopuszczenia równoważnych rozwiązań, towarów. Brakuje w ustawie – Prawo zamówień publicznych regulacji odzwierciedlającej stanowiska prezentowane w orzecznictwie KIO, nakazujące zamawiającym dokonanie opisu, czym będzie kierował się przy ocenie równoważności zamówienia do określonych przez niego wymagań referencyjnych. Zauważam w tym zakresie liczne nadużycia i problemy przy ocenie ofert składanych przez wykonawców, które nierzadko kończą się przed KIO.

Trzeci, ale nie mniej ważny, obszar trudności interpretacyjnych wiąże się z szeroko pojętą elektronicznością zamówień publicznych, która zaczęła w pełnym zakresie obowiązywać w postępowaniach wszczętych od 18 października 2018 r. o wartości równej progom unijnym lub większej. Być może zaobserwowane trudności wynikają głównie z faktu, że przepisy są stosunkowo nowe. Można jednak pokusić się o stwierdzenie, że nie do końca

|| Z mojego doświadczenia i analizy rynku zamówień publicznych wynika, że jedną z najtrudniejszych interpretacji ustawy Pzp jest kwestia związana z obowiązkami dokumentacyjnymi wykonawcy, w tym weryfikacją przez zamawiającego prawidłowości ich wypełnienia przez wykonawców.

|| Brakuje w ustawie – Prawo zamówień publicznych regulacji odzwierciedlającej stanowiska prezentowane w orzecznictwie KIO, nakazujące zamawiającym dokonanie opisu, czym będzie kierował się przy ocenie równoważności zamówienia do określonych przez niego wymagań referencyjnych.

poszczególne regulacje ustawy Pzp i przepisy wykonawcze w tym aspekcie są sformułowane jednoznacznie i w sposób zrozumiały dla adresata. Aby dokonać ich właściwej interpretacji, niezbędne jest w pewnym stopniu sięganie do przepisów odrębnych, dotyczących kwestii informatycznych, wyjaśnień np. na stronach internetowych uprawnionych centrów wydających kwalifikowane podpisy elektroniczne czy branżowych opracowań. Przydatne będzie zapewne orzecznictwo KIO, ale na to przyjdzie nam chwilę poczekać.

MZP: *Gdzie i jak można się z Panią skontaktować w celu rozwiązania problemów związanych z zamówieniami publicznymi?*

AGB: Zapraszam do kontaktu ze mną najlepiej – skoro tak dużo mówimy o elektroniczności – drogą elektroniczną. Możliwy jest też kontakt telefoniczny i osobisty. Wszystkie dane kontaktowe można znaleźć na stronie internetowej prowadzonej przez mnie AGB Kancelarii Radcy Prawnego (www.agbkancelaria.pl).

Chciałabym jednak podkreślić, że w zamówieniach publicznych, tak jak w medycynie, warto zapobiegać, czyli kontaktować się już wtedy, gdy zaczynają się pierwsze trudności czy wątpliwości. Często klienci zwracają się bowiem o pomoc dopiero, gdy stwierdzone są przez organy kontrolne naruszenia znacznej wagi, a wówczas obrona czy pomoc są niezwykle trudne, ale nie niemożliwe.

MZP: *Wśród Czytelników „Monitora Zamówień Publicznych” ma Pani wielu fanów, którzy czekają na Pani artykuły. Jaki temat podejmie Pani w najbliższym numerze MZP?*

AGB: Zawsze przy podejmowaniu decyzji o napisaniu artykułu do MZP kieruję się potrzebą rynku, uczestników, wyciągam wnioski ze swojej praktyki zawodowej. Trudno teraz przesądzić, jaki to będzie temat, ale zapewniam, że wyjdę naprzeciw oczekiwaniom Czytelników.



MACIEJ TOMAKA
SZUKIO

Rozmawiała: Elżbieta Cierlica

FRAZA – WYNIKI – PODGLĄD

MZP: *Panie SzuKIO, kim Pan jest?*

SzuKIO: Nie pierwszy raz spotykam się z tym, że ktoś zwraca się do mnie „panie SzuKIO”. Zaczęło się to w 2009 r., kiedy mój ówczesny współpracownik zadzwonił do jednego z urzędów korzystających z naszego serwisu i usłyszał, jak osoba odbierająca połączenie zawołała do kogoś z biura: dzwoni pan SzuKIO.

MZP: *I tak skutecznie ukrywa się Pan już 10 lat.*

SzuKIO: W lutym tego roku mija 10 lat działalności serwisu SzuKIO. Faktycznie, może bardziej widać SzuKIO niż mnie, ale ja się jakoś specjalnie nie ukrywam: nazywam się Maciej Tomaka, z wykształcenia jestem magistrem matematyki, ale całe życie zajmuję się informatyką. Mieszkam z rodziną z dala od miejskiego

zgiełku i – jak wskazuje logo firmy – lubię zwierzęta, a zwłaszcza psy.

MZP: *To pierwsze lody przełamane. Ja też lubię psy i zajmuję się zamówieniami publicznymi jako dziennikarka. A jak Pan wszedł w zamówienia publiczne?*

Maciej Tomaka: Wszedłem jako informatyk z doświadczeniem w tworzeniu aplikacji internetowych o dużej skali. Obecnie łączę wiele dyscyplin – od informatyki (programowanie, projektowanie, UX – użyteczność aplikacji, intuicyjność), poprzez aspekty biznesowe, aż do zamówień publicznych i prawa.

MZP: *Skąd pomysł na stworzenie SzuKIO?*

MT: W styczniu 2009 r. odwiedziła mnie moja mama, Elżbieta Tomaka, która od 19 lat zajmuje się zamówieniami publicznymi. Chciała ściągnąć na swój komputer orzeczenia KIO dostępne na serwerze UZP. Gdy zobaczyłem, ile czasu jej to zajmuje, postanowiłem pomóc, i ściągnąłem wszystkie pliki za jednym zamachem. Bardzo jej się to spodobało, więc dokładnie opowiedziała mi, po co to robi i jakie to są cenne informacje dla zamawiających i wykonawców. Przy okazji sformułowała potrzeby związane z wyszukiwaniem i przeglądaniem orzeczeń.

MZP: *I za miesiąc zaczął działać serwis SzuKIO. Zrobił Pan to sam, dla mamy?*

MT: Zrobiłem to przede wszystkim dla osób pracujących w zamówieniach publicznych, bo wiedziałem, że ciągle im brakuje czasu na realizację postępowań i ciągle mają jakieś problemy interpretacyjne. Współpracowałem z Tomaszem Sobczakiem, razem stworzyliśmy pierwszą wersję SzuKIO, która już usprawniała pracę uczestników rynku zamówień publicznych, ale była dopiero namiastką tego, czym serwis jest dziś. W lutym 2009 r. serwis SzuKIO automatycznie aktualizował bazę orzeczeń KIO, przetwarzał pliki na tekst i pozwalał wyszukiwać dokumenty po słowach kluczowych ujętych w treści. Można było zobaczyć zawartość wyroku bez otwierania PDF lub utworzyć plik oryginalny.

MZP: *Kto był pierwszym odbiorcą i pierwszym oceniającym przydatność SzuKIO?*

|| Pierwszymi odbiorcami SzuKIO byli członkowie Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych, którzy bardzo dobrze przyjęli pomysł. Nie trzeba było nikogo przekonywać do analizy orzecznictwa.

|| Inspirację czerpaliśmy z forów internetowych, ponieważ tam pojawiało się najwięcej problemów o różnym stopniu trudności i z różnych stron rynku. Zauważyłem, że odpowiedzi na większość pytań można odnaleźć w orzecznictwie.

MT: Pierwszymi odbiorcami byli członkowie Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych, którzy bardzo dobrze przyjęli pomysł. Nie trzeba było nikogo przekonywać do analizy orzecznictwa. Następnie odbyła się konferencja w Częstochowie, na której dowiedzieliśmy się o potrzebie pozyskania orzeczeń sądów okręgowych.

Pod koniec 2009 r. wyszukiwarka wyglądała na prostą, ale oznaczanie słów kolorami w treści pozwalało błyskawicznie sprawdzić, czy jest to ten wyrok, który w danym postępowaniu o zamówienie jest niezbędny, czy nie. Czytanie długich wyroków wymaga czasu, a w zamówieniach nikt go nie ma.

MZP: *Jak doszliście do obecnej formy SzuKIO, bo w porównaniu z tym, co było 10 lat temu, to jak serwis z innej epoki?*

MT: Chciałem stworzyć proste w użyciu narzędzie dla każdego. Sprawdzenie czegoś na szybko w serwisie umożliwia dokładną analizę wielu orzeczeń, ale żmudną pracę wykonują komputery, a człowiek jedynie analizuje wyniki ich pracy.

Inspirację czerpaliśmy z forów internetowych, ponieważ tam pojawiało się najwięcej problemów o różnym stopniu trudności i z różnych stron rynku. Zauważyłem, że odpowiedzi na większość pytań można odnaleźć w orzecznictwie. Poszukiwanie było jednak dosyć żmudne, a odnalezione wyroki wymagały opracowania pod kątem potrzeb przyszłych użytkowników. Wymagały także rozumienia potrzeb i bolączek użytkowników, bo to pomagało usprawnić system, tak aby odnajdywanie odpowiedzi było proste i szybkie.

Moim ulubionym zajęciem było wklejanie odnalezionych w SzuKIO wyroków na forum i sprawdzanie/pytanie, jak ocenią je forumowicze. Dzięki ich reakcjom byłem w stanie na bieżąco usprawniać system na bazie realnych rozwiązań problemów. Odnalezienie pasującego wyroku na początku było trudne, ale z czasem wyszukiwarka zaczęła dawać coraz lepsze wyniki.

Kontakty z ekspertami z OSKZP, wśród których znajdowali się byli arbitrzy i byli trenerzy zamówień publicznych, pozwoliło mi uzyskać dodatkowo inne spojrzenie na orzeczenia i cel ich poszukiwania. Często te kontakty odbywały się z inicjatywą samych członków stowarzyszenia, którzy składali

prośby o dodanie nowych funkcjonalności. Niektóre z nich, niestety, musiały długo czekać, ponieważ nie były proste do wykonania, choć większość udawało się wdrożyć od razu.

MZP: Na stronie internetowej SzuKIO można przeczytać, że w serwisie zarejestrowało się ponad 14 000 użytkowników (w tym również instytucji). Czego szukają i co znajdują w SzuKIO?

MT: Od strony praktycznej – szybkie rozwiązania problemów formalnoprawnych występujących zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w trakcie kontroli. Jeżeli chodzi o zawartość – aktualizowany, autorski zbiór orzeczeń, opinii i kontroli związanych z zamówieniami publicznymi, a także ze środkami unijnymi i dyscypliną finansów publicznych.

W bazie, pod koniec 2018 roku znajdowało się ponad 38 000 dokumentów, w tym 24 528 orzeczeń KIO, 1923 orzeczenia sądów okręgowych, 1128 opinii, kontroli i komunikatów, 573 orzeczenia TSUE (wcześniej ETS), 269 orzeczeń Sądu Najwyższego, 1620 orzeczeń sądów administracyjnych i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Są również wyroki archiwalne, np. zespołów arbitrów przy prezesie UZP.

MZP: Co daje serwis SzuKIO praktykom?

MT: Wiedzę. Umożliwia ponadto szybkie rozwiązanie problemów. Obecnie wyszukiwanie składa się z trzech etapów:

- ✓ fraza – podczas wpisywania pierwszych liter w wyszukiwarce system od razu sugeruje potencjalne frazy;
- ✓ wyniki dla wybranej frazy – otrzymujemy listę dokumentów z liczbami fragmentów w dokumencie i klikalną listą fragmentów, która przenosi do odpowiedniego miejsca w dokumencie;
- ✓ podgląd – zawiera pełną treść i znalezione fragmenty, co pozwala szybko odnaleźć się w obszernym wyroku.

Zbudowanie nawyku zaglądania do orzecznictwa wymaga, aby to było proste i przyjemne. I nad tym cały czas pracujemy.

|| W bazie, pod koniec 2018 r. znajdowało się ponad 38 000 dokumentów, w tym 24 528 orzeczeń KIO, 1923 orzeczenia sądów okręgowych, 1128 opinii, kontroli i komunikatów, 573 orzeczenia TSUE (wcześniej ETS), 269 orzeczeń Sądu Najwyższego, 1620 orzeczeń sądów administracyjnych i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Są również wyroki archiwalne, np. zespołów arbitrów przy prezesie UZP.

|| W formule otwartej dyskusji wszystkich uczestników konsultujemy bieżące, trudne i nowe kwestie występujące w praktycznym stosowaniu Prawa zamówień publicznych. Podczas tych spotkań można zadawać pytania, odpowiadać na pytania innych uczestników lub wyrażać swoją opinię na dany temat.

W zamówieniach publicznych działa się pod presją czasu, a jednocześnie trzeba mieć mocne podparcie prawne dla podejmowanych decyzji. Stałe korzystanie z orzecznictwa pozwala szybciej analizować nowe zagadnienia. Nie można tego zrobić bez odpowiedniego narzędzia, ponieważ baza orzeczeń jest obszerna i rozproszona, a konkretne dokumenty składają się z długich tekstów. SzuKIO to sposób na zrobienie tego w sposób prosty i szybki, bez potrzeby instalacji oprogramowania na komputerze.

MZP: Nie ograniczają się Państwo wyłącznie do serwisu SzuKIO. Uczestniczyłam w jednym ze spotkań o przyszłości Prawa zamówień publicznych w Ministerstwie Rozwoju, na którym dyskutowali praktycy z legislatorami.

MT: W grudniu 2016 r. zaczęliśmy organizować spotkania praktyków rynku zamówień publicznych – SpotKIO. W formule otwartej dyskusji wszystkich uczestników konsultujemy bieżące, trudne i nowe kwestie występujące w praktycznym stosowaniu Prawa zamówień publicznych. Podczas tych spotkań można zadawać pytania, odpowiadać na pytania innych uczestników lub wyrażać swoją opinię na dany temat.

Naszymi spotkaniami zainteresowali się pracownicy Ministerstwa Rozwoju, ponieważ chcieli poznać zdanie praktyków na temat stosowania obowiązującej ustawy. Przeprowadziliśmy trzy spotkania z udziałem pracowników ministerstwa i praktyków. Moderatorami tych spotkań byli Martyna Lubieniecka, Małgorzata Sobolewska, Marcin Kalmus i Artur Andrzejewski.

Ekspertki prowadzący spotkania pochodzą z różnych stron rynku: Martyna Lubieniecka jest radcą prawnym po stronie wykonawcy, Małgorzata Sobolewska – naczelnikiem wydziału zamówień publicznych w jednostce samorządowej, Marcin Kalmus specjalizuje się w elektronicznych aspektach zamówień publicznych, a Artur Andrzejewski współpracował po różnych stronach rynku i ma doświadczenie w legislacji. Wszyscy moderatorzy są członkami OSKZP.

Prowadzenie tych spotkań to spore wyzwanie, ponieważ osób przedstawiających swoje zdanie i wątpliwości jest bardzo dużo i trzeba być na bieżąco w wielu aspektach, żeby kontrolować tak dynamiczną dyskusję.

Organizowaliśmy spotkania w Warszawie, Gdańsku, Katowicach i Łodzi. Obecnie regularnie realizujemy spotkania w Warszawie, ale otwieramy się również na nowe miasta.

MZP: *Gdzie można jeszcze spotkać SzuKIO?*

MT: Jesteśmy obecni na studiach podyplomowych. Aktualnie prowadzimy program SzuKIO. Student, który ma na celu upowszechnienie samodoskonalenia na podstawie orzecznictwa. Na początku działalności SzuKIO prowadziliśmy podobny program, ale na dobre rozpoczęło się od programu w Wyższej Szkole Bankowej we Wrocławiu w 2013 r. pod kierownictwem Jerzego Wysockiego – kierownika studiów podyplomowych. Wspólnie opracowaliśmy formułę przekazywania umiejętności samodzielnego poszukiwania orzeczeń poprzez wskazywanie konkretnych problemów i rozwiązywanie ich razem ze studentami.

Studia podyplomowe objęto programem bezpłatnego dostępu i wprowadzenia analizy orzeczeń przy pomocy SzuKIO. Studenci zyskali dostęp do narzędzia, którego używają specjaliści w zamówieniach publicznych.

Obecnie program bezpłatnego dostępu jest na większości uczelni, a na wybranych pokazujemy studentom, jak efektywnie korzystać z orzecznictwa. Nie tylko jak korzystać z SzuKIO, ale jak wyłuskać istotę orzeczeń, aby korzystać z nich w sposób skuteczny.

MZP: *A co będzie za rok, a może wcześniej, gdy uchwalona zostanie nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych?*

// Jeżeli w każdym postępowaniu będą zupełnie inne zasady, to wykonawcy mogą się pogubić, i wiele spraw będzie trafiało do KIO albo wykonawcy zrezygnują ze składania ofert w wielu postępowaniach, co przełoży się na jeszcze mniejszą liczbę ofert.

MT: Pozytywnie oceniam fakt, że wiele problemów omawianych na naszych spotkaniach w Ministerstwie Rozwoju zostało wziętych pod uwagę i w projekcie nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych odnaleziono rozwiązania na zgłaszane problemy. Czy dobre – okaże się w praktyce.

Nowa ustawa raczej nie będzie rewolucją, choć wprowadzono kilka interesujących rozwiązań. Jeden z ciekawszych pomysłów to publikacja ogłoszeń dotyczących zamówień o wartości od 50 tys. zł do 30 tys. euro. Powszechny dostęp do drobnych przetargów o mniejszych wymaganiach formalnych przyczyni się do większej konkurencji i rozwoju MŚP.

Aktualnie trudno odnosić się w szczegółach do nowej ustawy, ponieważ jej ostateczny kształt może odbiegać od zaprezentowanej wersji. Mam nadzieję, że długo oczekiwana nowa ustawa wejdzie w życie terminowo z sensownym *vacatio legis*.

Nowa ustawa Pzp posługuje się nowymi pojęciami i całym nowymi artykułami, więc analiza orzecznictwa, szczególnie w pierwszym okresie jej wdrażania, będzie sprawiała trudności. Dla SzuKio to okres wyjątkowo intensywnej pracy i analizy, która ma na celu ułatwienie korzystania z ustawy w oparciu o orzecznictwo.



Bezpłatny dostęp do SzuKIO.pl

- specjalistyczna baza orzeczeń,
- wyszukiwarka kontekstowa,
- oznaczanie dopasowanych fraz w dokumentach.

dostęp wygasa: 15 marca 2019 r.
<https://szukio.pl/kupon/mzp2019>

Kupon pozwala na korzystanie ze wszystkich funkcji serwisu bez ograniczeń do 15 marca 2019 r. Po tym okresie dostęp przechodzi w tryb bezpłatny – nie trzeba wypowiadać.



DR JUSTYNA OLSZEWSKA-STOMPEL

EKSPERT INSTYTUTU SZKOLEŃ I ROZWOJU NEGOTIUM ORAZ FIRMY TENDERS PIOTR PŁACISZEWSKI, AUTORKA KSIĄŻEK, ARTYKUŁÓW I KOMENTARZY PROBLEMOWYCH DO SIP LEX Z ZAKRESU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, TRENERKA, WIELOLETNI NACZELNIK BIURA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W JST



MAREK STOMPEL

BYŁY WICEPREZES SPÓŁKI ZAJMUJĄCEJ SIĘ DORADZTWE M Z ZAKRESU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, AUTOR KSIĄŻEK, ARTYKUŁÓW ORAZ KOMENTARZY PROBLEMOWYCH DO SIP LEX Z ZAKRESU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, SPECJALISTA DO SPRAW ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W JEDNOSTCE SEKTORA FINANSÓW PUBLICZNYCH

NIEPRAWIDŁOWOŚCI W OCENIE ZARZĄDZAJĄCYCH



Nieprawidłowość to każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy unijnych (realizację projektu), które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.

Definiuje to rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów

Wiejskich i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006.

W niniejszym artykule skupiamy się na stwierdzonych przez instytucje zarządzające w toku kontroli naruszeniach prawa w odniesieniu do zamówień publicznych, w tym w szczególności do warunków udziału w postępowaniu. Przydatne będzie zdefiniowanie pojęcia podmiotu gospodarczego, które – zgodnie z aktami wykonawczymi Komisji Europejskiej – art. 27a rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego – oznacza każdą osobę fizyczną, prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z funduszy, z wyjątkiem państwa członkowskiego, podczas wykonywania uprawnień władzy publicznej.

SUMY GWARANCYJNE

W ramach sprecyzowanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu zastrzeżenia często dotyczą sumy gwarancyjnej dokumentu ubezpieczenia wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Przykładowo beneficjent wymagał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku – innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 zł. W postępowaniu dopuszczono możliwość składania ofert częściowych. Najwyższa szacunkowa wartość jednej z części wynosiła 737 000 zł, a najniższa 17 000 zł. Dopuszczenie możliwości składania ofert na poszczególne części i żądanie opłaconej polisy na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 zł zostało zinterpretowane przez instytucję zarządzającą jako zbyt wygórowane i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

W drugim przypadku beneficjent wymagał, aby wykonawca wykazał, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, przy czym

W Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców, a poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.

W Wszystko sprowadza się do tego, aby poziom postawionego warunku zapewniał równowagę pomiędzy rękojmią należytej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia a zapewnieniem dostępu do udziału w postępowaniu tym wykonawcom, którzy taką rękojmię dają.

przedkładana polisa powinna opiewać minimum na kwotę 2 000 000 zł. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 218 390 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 22 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 299/10, stwierdziła:

WAŻNE !

Z samej istoty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wynika, iż ma ono stanowić zabezpieczenie ubezpieczającego lub ubezpieczonego przed ewentualnymi negatywnymi skutkami finansowymi związanymi z roszczeniami poszkodowanych.

W przypadku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej ubezpieczający lub ubezpieczony zabezpiecza się przed negatywnymi skutkami ewentualnych roszczeń poszkodowanych w związku z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Istnieje zatem naturalna korelacja pomiędzy rodzajem i skalą prowadzonej działalności a wysokością sum gwarancyjnych zabezpieczających interes ubezpieczającego lub ubezpieczonego.

Odnośząc się do ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), trzeba zaznaczyć, że

WAŻNE !

pojęcie proporcjonalności, o którym mowa w art. 22 ust. 1a Pzp, nie może być interpretowane wąsko i sprowadzane jedynie do ścisłej zależności pomiędzy wartością polisy OC a przedmiotem zamówienia, postrzegającym wyłącznie przez pryzmat jego wartości.

**Art. 22
ust. 1a Pzp**

W ocenie WSA w Lublinie¹ pojmowanie przedmiotu zamówienia jedynie przez pryzmat wartości zamawianych usług wyrażonej w postaci ceny (wynagrodzenia umownego) jest wyrazem nieuprawnionej zawężającej jego wykładni. Ustawodawca nie postużył się

bowiem określeniem „proporcjonalny do wartości przedmiotu zamówienia”, lecz „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”.

WAŻNE !

To ostatnie pojęcie – jak stwierdził sąd – jest niewątpliwie pojęciem szerszym od wartości przedmiotu zamówienia. Oznacza więc, że określając warunek w postaci sumy gwarancyjnej polisy ubezpieczenia OC z tytułu działalności gospodarczej wykonawcy, zamawiający mógł brać pod uwagę wszystkie elementy składające się na zakres przedmiotowy umowy, tj. nie tylko jej wartość, ale także czas realizacji kontraktu, jego kompleksową formułę zawierającą się w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, poziom trudności, inne warunki realizacji szczegółowo opisane w SIWZ itp.

Trzeba też przypomnieć, co oznacza warunek proporcjonalny, zaznaczając jednocześnie, że ustawa nie określa, w jakiej proporcji należy warunki udziału ustanawiać i że musi to być proporcja 1:1. Otóż w wyroku z 16 września 1999 r., sygn. akt: C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich vs. Królestwo Hiszpanii, ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Na przykład celem z punktu widzenia beneficjenta może być zapewnienie takiego nadzoru inwestorskiego, by w pełni zabezpieczał on jego interesy, w czym zawiera się wybór wykonawcy, który gwarantuje, że możliwe będzie dochodzenie od niego roszczeń w zakresie jego odpowiedzialności zawodowej, co wymagać może posiadania przez wykonawcę polisy o wyższej sumie gwarancyjnej niż szacunkowa wartość tego zamówienia.

ZDOLNOŚCI ZAWODOWE

Kolejny przypadek dotyczy formułowania przez zamawiających warunku w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy w odniesieniu do posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych w budynkach użyteczności publicznej. Tak np. beneficjent określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą zrealizowanie co najmniej jednej roboty budowlanej w budynku użyteczności publicznej o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia o wartości min. 400 000 zł. Zamówienie obejmowało wykonanie typowych prac remontowych, np. wymianę stolarki drzwiowej, malowanie ścian, układanie glazury, montaż armatury sanitarnej itp., i nie uzasadniało zawężenia posiadania doświadczenia w budynkach użyteczności publicznej. W odniesieniu do tej sytuacji warto wskazać,

że wymóg taki uzasadniony może być w przypadku prowadzenia gruntownej przebudowy obiektu, nie zaś w sytuacji gdy w zakres świadczenia wchodzi proste i nieskomplikowane prace budowlane.

W zależności od konkretnych okoliczności sprawy rozstrzygnięcia sądów administracyjnych mogą być różne. W sytuacji gdy w grę wchodzi przebudowa budynku mającego przeznaczenie przemysłowe na obiekt użyteczności publicznej, warunek tego rodzaju jest jak najbardziej uzasadniony.

W przypadku jednego z beneficjentów, właśnie z uwagi na zakres prac realizowanych docelowo w ramach przedmiotu zamówienia, WSA w Warszawie² wydał wyrok, w którym wskazał, że: *przede wszystkim, jak słusznie stwierdzono w zaskarżonej decyzji, analizując potrzebę postawienia warunku zawężającego krąg potencjalnych wykonawców tylko do posiadających doświadczenie przy kompleksowej realizacji budynków użyteczności publicznej, trzeba mieć na uwadze zakres prac pozostających do wykonania.*

W ocenie sądu organy kontrolne trafnie wywiodły, że prace te (roboty budowlane polegające na pracach budowlano-instalacyjno-remontowych) nie miały charakteru specjalistycznego i mogły zostać wykonane przez każdego wykonawcę posiadającego ogólnobudowlane umiejętności zdobyte nie tylko przy wykonawstwie obiektów użyteczności publicznej. Jak dalej wynika z uzasadnienia przedmiotowego wyroku: *Zakres prac, ich złożoność czy charakter w przedmiotowym postępowaniu nie były na tyle szczególne, aby nie mogły zostać prawidłowo wykonane przez wykonawcę mającego doświadczenie przy realizacji prac porównywalnych co do zakresu i zastosowanych rozwiązań projektowo-technicznych, nieprzeznaczonych do użytku publicznego, np. wielorodzinnych budynków mieszkaniowych (budynków zamieszkania zbiorowego), a więc nie tylko – jak wskazuje skarżący – wykonawców budynków jednorodzinnych.*

W RAMACH KONSORCJUM

W kolejnym wartym rozważenia przypadku zaistniała sytuacja, w której instytucja zarządzająca w protokole kontroli, odnosząc się do wyboru najkorzystniejszej oferty, ale w aspekcie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazała, że aktualne orzecznictwo w zakresie powoływania się przez wykonawcę na zamówienia realizowane w ramach konsorcjum w celu wykazania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w realizacji dostaw, usług lub robót budowlanych określa, iż zamawiający musi poddać analizie wykaz wykonanych zamówień wraz z referencjami, by zbadać zakres prac zrealizowanych przez konkretnego wykonawcę. Instytucja wskazała, bowiem, że wykonawca nabywa

realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców, a poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.

Dla oceny niniejszej sprawy należy wskazać wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt: C -387/14, w którym TSUE wyraził pogląd: (...) *gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...). Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.*

Wyrok
C-387/14
TSUE

WAŻNE !

Odnosząc się do problemu nieadekwatności warunków udziału w postępowaniu, należy postawić tezę, że warunek nieadekwatny to taki, którego nie jest w stanie spełnić wykonawca, co do którego po dokonaniu obiektywnej oceny nie ma wątpliwości, że byłby on w stanie należycie zrealizować przedmiot zamówienia. Stosowanie nieadekwatnych warunków udziału w postępowaniu skutkuje korektami finansowymi w postępowaniach, w których przedmiot zamówienia współfinansowany jest z funduszy UE, ponieważ stawianie nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu ogranicza konkurencję, a także może rodzić podejrzenia w zakresie preferowania przez zamawiającego określonego wykonawcy lub grupy wykonawców.

Zadaniem zamawiającego jest takie skonstruowanie warunków udziału w postępowaniu, aby z jednej strony dać rękojmię należytej realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, z drugiej jednak strony warunki udziału w postępowaniu nie mogą być zawyżone wobec przedmiotu zamówienia, tak aby umożliwić dostęp do przedmiotu zamówienia szerokiemu spektrum wykonawców, co przekłada się na lepszą (korzystniejszą dla zamawiającego) ofertę składaną w postępowaniu.

WARUNEK EKONOMICZNY

W odniesieniu do warunku ekonomicznego, rozumianego jako dysponowanie określonymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową, wymagane kwoty powinny być adekwatne do nakładów ponoszonych do poszczególnych płatności częściowych z uwzględnieniem pewnej rezerwy, tak aby zagwarantować płynność realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku opóźnienia odbioru, a w konsekwencji – opóźnienia płatności.

WAŻNE !

W odniesieniu do wiedzy i doświadczenia poziom wymogu powinien być tak ustawiony, aby gwarantować, że wykonawca ma doświadczenie pozwalające na sprawne zrealizowanie przedmiotu zamówienia, przewyciężenie problemów organizacyjnych, technicznych oraz technologicznych mogących pojawić się podczas realizacji danego przedmiotu zamówienia. Jeśli np. przedmiotem zamówienia jest wykonanie zabudowy oraz dostarczenie sześciu pojazdów specjalistycznych, to należy przyjąć, że jeśli wykonawca uprzednio wykonał podobne zabudowy na dwóch takich pojazdach, jest on zdolny również do realizacji sześciu egzemplarzy. Jeśli przedmiotem zamówienia jest jeden taki pojazd, to zasadne jest wymaganie doświadczenia w uprzednim wykonaniu również co najmniej jednego egzemplarza, gdyż daje to rękojmię doświadczenia wykonawcy w realizacji podobnego przedmiotu zamówienia.

Należy oczywiście odróżnić adekwatność warunku udziału w postępowaniu od sytuacji, w której nie wszyscy wykonawcy działający na rynku spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zakaz stosowania warunków dyskryminacyjnych i nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia oraz penalizowanie takich zapisów poprzez naliczanie korekt finansowych nie oznacza bowiem, że zamawiający nie może postawić takich warunków, które dadzą rękojmię wyłonienia wykonawcy zdolnego do rzetelnego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia. Jest to nie tylko prawo, ale i obowiązek zamawiającego. Wszystko sprowadza się do tego, aby poziom postawionego warunku zapewniał równowagę pomiędzy rękojmią należytej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia a zapewnieniem dostępu do udziału w postępowaniu tym wykonawcom, którzy taką rękojmię dają.

Adekwatność
warunku

PRAWDŁOWE FORMUŁOWANIE

Aby lepiej unaocznic, jak prawidłowo formułować proporcjonalne warunki udziału w postępowaniu, warto posłużyć się poniższym przykładem odnoszącym się do ustalania wartości wymaganej od wykonawcy polisy odpowiedzialności cywilnej.

Podczas kalkulacji ryzyka powstania szkody oraz jej rozmiarów, a w konsekwencji wysokości wymaganej polisy, należy odnieść stopień ryzyka do technologii i materiałów stosowanych podczas realizacji przedmiotu zamówienia, a w przypadku remontów także w ich otoczeniu. Prowadzenie prac remontowych, pożarowo niebezpiecznych w otoczeniu o podwyższonym ryzyku wybuchu pożaru lub zaproszenia ognia, wywołuje potencjalne niebezpieczeństwo powstania strat przewyższających wartość zamówienia. Oczywiście nie jest to przesłanka do żądania polisy równej na przykład wartości remontowanego obiektu. Takie działanie zamawiającego byłoby irracjonalne i powodowałoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Tym bardziej, że wykonawca, jako podmiot profesjonalny, jest zobowiązany, a jednocześnie posiada wiedzę na temat sposobów ograniczenia ryzyka, np. poprzez zabezpieczenie prac pożarowo niebezpiecznych odpowiednią prewencją przeciwpożarową zapobiegającą powstaniu szkody, a przynajmniej umożliwiającą opanowanie ewentualnego ognia na bardzo wczesnym etapie, a w konsekwencji zminimalizowanie poziomu strat³.

Kontynuując omawianie korekt finansowych zastosowanych w odniesieniu do nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu, należy zwrócić uwagę na następujące przykłady⁴:

- 1) Beneficjent określił, że w celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia wykonawca musi dysponować środkami finansowymi w wysokości co najmniej 500 000 zł lub posiadać zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1 000 000 zł. Tak postawiony warunek w sposób oczywisty jest dyskryminujący. Zamawiający nie może różnicować zdolności ekonomicznej i finansowej pochodzącej ze środków własnych wykonawcy oraz ze zdolności kredytowej wykonawcy.
- 2) Beneficjent wymagał, aby wykonawca wykazał, że wykonał z należytą starannością dwie roboty budowlane o podobnym charakterze i zakresie, jakie obejmuje zamówienie o wartości min. 70% ceny ofertowej.

Powyższy warunek również jest błędnie sformułowany oraz dyskryminujący, gdyż nie odnosi się on do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia, lecz do ceny ofertowej. Wysokość stawianego warunku nie jest zatem równa dla wszystkich wykonawców, lecz uzależniona od wskazanej przez wykonawcę ceny ofertowej.

WAŻNE !

W celu uniknięcia potencjalnych korekt beneficjenci muszą również zwrócić uwagę na tożsamość zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu publikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeśli w tych dwóch

dokumentach znajdą się różne zapisy określające warunki udziału w postępowaniu, np. w odniesieniu do posiadanej przez wykonawcę zdolności finansowej, to uszczerbku doznaje zasada równego traktowania wykonawców. Sytuacja taka zachodzi, gdyż w momencie, gdy wykonawca w pierwszej kolejności przeczyta dokument z bardziej restrykcyjnym zapisem, stwierdzi, że nie spełnia postawionego warunku i nie zapozna się z innymi dokumentami postępowania, a w konsekwencji nie wykryje zaistniałej rozbieżności.

Niedopuszczalne jest również różnicowanie warunków udziału w postępowaniu, w tym odnoszących się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy od okresu, w którym prowadzi on działalność rynkową. Zarówno ilość, wielkość, jak i maksymalny czas prawidłowo zrealizowanych zamówień wykazywanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków postawionych w postępowaniu, muszą być jednakowe dla wszystkich wykonawców. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie może być też uzależnione od tego, z jakich źródeł finansowany był dany przedmiot zamówienia lub na czyją rzecz został on zrealizowany. Parametry te nie mają bowiem wpływu na zdolność techniczną i organizacyjną wykonawcy niezbędną do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

PODSUMOWANIE

Nieprawidłowość występuje także w przypadku naruszenia jakichkolwiek przepisów prawa krajowego, jeśli mogły lub mogą one spowodować powstanie szkody dla ogólnego budżetu Unii Europejskiej poprzez obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem.

Warunki udziału w postępowaniu muszą być jednakowe dla wszystkich wykonawców.

Warunki wskazane w poszczególnych dokumentach postępowania muszą być jednobrzmiące i spójne.

Warunki udziału w postępowaniu nie mogą różnicować zamówień wskazywanych w celu wykazania ich spełnienia z uwagi na rodzaj odbiorcy czy źródło finansowania, gdyż kluczowe jest tu wykonanie przedmiotu zamówienia jako takiego, dzięki któremu wykonawca nabył właściwą wiedzę techniczną i organizacyjną.

Przypisy:

- ¹ Por. wyrok WSA w Lublinie z dnia 24 listopada 2015 r., sygn. akt: III SA/Lu 510/15.
- ² Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. akt: V SA/Wa 1628/15.
- ³ J. Olszewska-Stompel, M. Stompel, *Zdolność ekonomiczna i zawodowa – formułowanie warunków*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2017, nr 9 [156], s.23.
- ⁴ Zob. www.rpo.wrotapodlasia.pl – tabela najczęściej naliczanych korekt finansowych.



ARKADIUSZ SZYSZKOWSKI

PRAWNIK, B. PRACOWNIK DEPARTAMENTU PRAWNEGO UZP, AUTOR LICZNYCH PUBLIKACJI NA TEMAT ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, W TYM KOMENTARZY DO USTAWY PZP, AKTUALNIE PRACOWNIK ADMINISTRACJI PAŃSTWOWEJ

WOLNA RĘKA – UWAGI PRAKTYCZNE

Popularność trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki po dużej nowelizacji Pzp w 2016 r. znacznie spadła ze względu na istotną liberalizację przesłanek dokonywania zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego [art. 144 ust. 1 Pzp].

WAŻNE !

Brak podstaw do uznania, iż podobieństwo musi ograniczać się do danej inwestycji lub – w przypadku usług – do zamówienia usługi ściśle pokrewnej. Zamówienie powtórzone musi mieć podobne cechy, w szczególności jego przedmiot powinien służyć zbliżonemu celowi, któremu służył przedmiot pierwotny.

Obydwie metody zmiany zakresu realnych świadczeń wykonawcy – tj. wolna ręka oraz aneksy – w praktycznym stosowaniu często wyglądają na bardzo zbliżone. Dotyczy to w szczególności tych elementów zamówienia, które wymagają modyfikacji w trakcie realizacji umowy lub po jej zakończeniu, czyli art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp oraz przesłanek modyfikacji umowy wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt 1–3 Pzp.

ZAMÓWIENIA POWTARZAJĄCE SIĘ

Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku udzielenia – w okresie trzech lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego – dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości (art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Przesłanka wydaje się stosunkowo prosta w zastosowaniu, jednak należy mieć na uwadze kilka istotnych kwestii, które mogłyby skutkować zarzutami różnych instytucji kontrolnych i podważaniem prawidłowości zastosowania trybu. Przede wszystkim przesłanka nie obejmuje dostaw, a więc „powtórzenie dostawy” jest niedopuszczalne.

Zamawiający może na podstawie analizowanej przesłanki zamówić podobne usługi lub roboty budowlane. Powstaje zatem pytanie o granice tego podobieństwa.

Wymogiem koniecznym jest przewidzenie powtórzenia zamówienia w ogłoszeniu zamówienia podstawowego i zachowanie zgodności zamówienia powtórzonego z zamówieniem pierwotnym. W tym kontekście trudno jednoznacznie uznać, czym jest zgodność obu zamówień w przypadku, gdy poprzedzający element przesłanki nakazuje zachować podobieństwo. Podobieństwo i zgodność to są jednak słowa o różnych zakresach znaczeniowych.

Kolejnym zagadnieniem, które należy mieć na uwadze, udzielając zamówienia powtarzającego się, jest interpretacja

Wartość zamówienia powtarzającego się musi być uwzględniona w wartości zamówienia podstawowego. Pomimo braku takiego obowiązku zamawiający, podając wartość zamówienia przed otwarciem ofert, powinien wyraźnie wskazać, czy odczytywana kwota obejmuje zamówienie powtarzające się, aby uniknąć nieporozumień. Przekroczenie tej kwoty w trakcie realizacji danej inwestycji, pomimo braku normy sankcjonującej, jest ryzykowne prawnie.

Art. 67 ust. 1
pkt 6–7
i art. 144
ust. 1 pkt 1–3
Pzp

Art. 67
ust. 1 pkt 6
i 1a Pzp

art. 67 ust. 1a Pzp stanowiącego część przesłanki dotyczącej okoliczności udzielenia zamówienia. Zgodnie z treścią tego artykułu w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 6 tego artykułu, należy wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.

W kontekście powyższych uwag o zgodności i podobieństwie dopuszczenie przez ustawodawcę ewentualności wskazania zakresu przyszłego zamówienia jest pozorne.

WAŻNE !

Udzielenie zamówienia na podstawie wskazanej przesłanki byłoby bezpieczne prawnie dla zamawiającego w sytuacji, w której stosunkowo precyzyjnie opisałby on przedmiot przyszłego zamówienia, a przedmiot ten będzie jak najbardziej zbliżony funkcjonalnie i rodzajowo do przedmiotu zamówienia pierwotnego.

W przepisie brakuje odniesienia do tego, co realnie oznacza trzyletni termin, w którym można udzielić zamówienia powtarzającego się. W związku z tym należy uznać, iż zamówienie to może być udzielone zarówno w trakcie realizacji zamówienia pierwotnego, jak i po jego zakończeniu.

Wartość zamówienia powtarzającego się musi być uwzględniona w wartości zamówienia podstawowego. Pomimo braku takiego obowiązku zamawiający, podając wartość zamówienia przed otwarciem ofert, powinien wyraźnie wskazać, czy odczytywana kwota obejmuje zamówienie powtarzające się, aby uniknąć nieporozumień. Przekroczenie tej kwoty w trakcie realizacji danej inwestycji, pomimo braku normy sankcjonującej, jest ryzykowne prawnie. Analiza art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp skutkuje konkluzją, iż w realnej praktyce zamówieniowej jest to przesłanka, która wymaga od zamawiającego podobnych czynności i przewidywań, jak art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp.

DOSTAWY DODATKOWE

Dla dostaw ustawodawca przewidział specjalną, zmodyfikowaną przesłankę. Zgodnie z nią (art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp) zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji. Musi jednak uwzględnić zaistnienie sytuacji, w której zmiana wykonawcy zobowiązywałaby go do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji. Do przesłanki należy również art. 67 ust. 1 b Pzp, który stanowi, że czas trwania umowy zawartej

Art. 67
ust. 1 pkt 7
i ust. 1b Pzp

w wyniku udzielenia zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 7, nie może przekraczać trzech lat.

WAŻNE !

Przesłanka jest wyraźnie zaprojektowana jako dana zamawiającemu możliwość dokupowania kolejnych partii/części/elementów do już posiadanych przez niego systemów lub urządzeń dostarczonych w ramach realizacji zamówienia podstawowego, w celu utrzymania zgodności i współpracy technologicznej pomiędzy urządzeniami zakupowanymi w różnych terminach.

Należy podkreślić brak ograniczeń, które zostały wbudowane w przesłankę dotyczącą usług i robót budowlanych, tj. brak konieczności przewidywania dostaw dodatkowych w ogłoszeniu zamówienia podstawowego. Natomiast brak ograniczeń kwotowych jest pozorny, ponieważ zgodnie z treścią art. 32 ust. 3 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość tych zamówień.

Art. 32
ust. 3 Pzp

WAŻNE !

Teoretycznie wartość zamówienia dodatkowego może być znaczna i przekraczać nawet wartość zamówienia podstawowego, z tym że powinna być uwzględniona w wartości zamówienia podstawowego [oraz odpowiednio odczytana przed otwarciem ofert].

PODSUMOWANIE

Podobieństwo analizowanej przesłanki [art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp] do zagadnień, które powinny być przedmiotem aneksu, podkreśla również dyrektywa klasyczna w motywie 108:

Institucje zamawiające mogą stanąć w obliczu sytuacji, gdy dodatkowe roboty budowlane, dostawy lub usługi okażą się konieczne; w takich przypadkach modyfikacja pierwotnej umowy bez nowego postępowania o udzielenie zamówienia może być uzasadniona, w szczególności gdy dodatkowe dostawy mają na celu częściową wymianę albo zwiększenie bieżących usług, dostaw lub rozbudowę istniejących instalacji, jeżeli zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów, robót budowlanych lub usług o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu.

Jest to też dowód na niekonsekwencję unijnego ustawodawcy, który pomimo wskazania aneksu, jako właściwego sposobu działania, umieścił dostawy dodatkowe jako przesłankę stosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji [art. 32 dyrektywy klasycznej], czyli właśnie wolną rękę.

Motyw 108
dyrektywy
2014/24/UE

Art. 32
dyrektywy
2014/24/UE



JÓZEF EDMUND NOWICKI

WŁAŚCICIEL KANCELARII SPECJALIZUJĄCEJ SIĘ W KONTROLI I DORADZTWIE
Z ZAKRESU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.

WYŁĄCZENIE Z POSTĘPOWANIA



Zgodnie z art. 7 ust. 2 Pzp czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Okoliczności wyłączające udział osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określa m.in. art. 17 ust. 1 Pzp.

**Art. 17
ust. 1 Pzp**

Zgodnie z art. 17 ust. 1 Pzp osoby te podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- ✓ ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- ✓ pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa

lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

- ✓ przed upływem trzech lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- ✓ pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- ✓ zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia są czynności wykonywane od wszczęcia postępowania do jego zakończenia. Artykuł 2 pkt 7a Pzp, który definiuje pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia, nie określa momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W kwestii momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozstrzygające jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt: III CZP 103/10, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego: *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (zob. także wyrok z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1594/12). Postępowanie kończy się również z jego unieważnieniem.*

Art. 2
ust. 7a Pzp

WSZCZĘCIE POSTĘPOWANIA

W trybach, w których postępowanie jest wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu i są składane oferty (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne), zamawiający wszczynają postępowanie, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (zob. art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1 oraz art. 60c ust. 1 Pzp).

Art. 40, 48,
56 i 60c Pzp

W trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający wszczynają postępowanie, przekazując wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenie do negocjacji (art. 63 ust. 1 Pzp).

Art. 63
ust. 1 Pzp

W trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający wszczynają postępowanie z przekazaniem zaproszenia do negocjacji. Z zaproszeniem zamawiający przekazuje jednocześnie informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (art. 68 ust. 1 Pzp).

Art. 68
ust. 1 Pzp

W trybie zapytania o cenę zamawiający wszczynają postępowanie, zapraszając do składania ofert tylu wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, aby zapewnić konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż pięciu. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przesyła specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 71 Pzp).

Art. 71
Pzp

W trybie licytacji elektronicznej zamawiający wszczynają postępowanie, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, na swojej stronie internetowej oraz stronie, na której będzie prowadzona licytacja (art. 75 ust. 1 Pzp).

Art. 75
ust. 1 Pzp

CZYNNOŚCI W POSTĘPOWANIU

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych¹: *Czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 Pzp, będą w szczególności czynności związane z wyborem najkorzystniejszej oferty, odrzuceniem oferty, wykluczeniem wykonawców, oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badaniem ofert – dokonywane od momentu wszczęcia postępowania (które stanowi publikacja ogłoszenia o zamówieniu lub przesłanie zaproszenia do składania ofert lub zaproszenia do negocjacji) do chwili udzielenia zamówienia publicznego (rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) W konsekwencji obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, dotyczy osób, które brały udział w wykonywaniu czynności podejmowanych w ramach postępowania.*

I dalej: (...) *obowiązek dotyczyć będzie również osoby podpisującej umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. kierownika zamawiającego lub osoby, której powierzono to zadanie w ramach postępowania na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy. Czynność zawarcia umowy w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego stanowi bowiem ostatnią czynność wykonywaną w postępowaniu, a osoby zaciągające zobowiązanie z tego tytułu powinny podlegać weryfikacji pod kątem konfliktu interesów. Powyższy*

Art. 18
ust. 2 Pzp

obowiązek nie będzie natomiast dotyczył osób, które realizowały czynności poprzedzające wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak: szacowanie wartości zamówienia lub przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z opisem przedmiotu zamówienia, a także osób, które dokonują czynności o charakterze pomocniczym czy też techniczno-organizacyjnym, które wprost nie mają wpływu na przebieg samej procedury zamówienia publicznego, np. pracowników sekretariatu odbierających korespondencję czy pracowników zamieszczających informacje na temat postępowania na stronie internetowej zamawiającego.

Czynności w postępowaniu nie obejmują natomiast czynności sporządzania protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz innych czynności faktycznych (np. przygotowanie pomieszczenia, w którym nastąpi otwarcie ofert lub inne czynności o charakterze organizacyjnym).

WAŻNE !

Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu, po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania [art. 17 ust. 3 Pzp]. Pojęcie czynności podjętych przez osobę podlegającą wyłączeniu obejmuje zarówno czynności wykonywane przez tę osobę samodzielnie, jak i czynności dokonane przez komisję przetargową, w pracach której bierze ona udział. Czynności komisji przetargowej, w których brał udział członek podlegający wyłączeniu, powinny zostać powtórzone bez udziału tej osoby.

TROSKA O BEZSTRONNOŚĆ

Uwagi wymaga pozostawanie z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.

Przesłanka wyłączenia z postępowania określona w art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy osoby wykonujące czynności w postępowaniu pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Przykładem takich stosunków faktycznych mogą być wieloletnia znajomość, koleżeństwo, przyjaźń lub relacje: towarzyskie. W art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp ustawodawca użył sformułowania: *pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób*.

Art. 17 ust. 1
pkt 4 Pzp

Z przepisu tego wynika zatem, że nie chodzi tu o każdy stosunek prawny lub faktyczny, tylko o taki, który budzi uzasadnione wątpliwości. Nie można zatem przyjąć, że każda znajomość, koleżeństwo, przyjaźń lub inna relacja towarzyska, w tym również znajomość wynikająca z faktu zatrudnienia w jednym miejscu pracy, między osobą, która wykonuje czynności w postępowaniu [np. członkiem komisji], a wykonawcą skutkuje wyłączeniem z postępowania takiej osoby.

W przypadku art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp ustawodawca w sposób wyraźny określił stosunki prawne łączące osobę wykonującą czynności w postępowaniu z wykonawcą, których zaistnienie skutkuje wyłączeniem z postępowania: pozostawanie w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub relacje z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz pozostawanie w okresie przed upływem trzech lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub byłymi członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Art. 17
ust. 2–3 Pzp

Przesłanka zawarta w art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp ma charakter oceny. Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie jakiegokolwiek relacji pomiędzy osobą wykonującą czynności w postępowaniu a wykonawcą. Dopiero ocena okoliczności konkretnego przypadku może stanowić podstawę naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp. W przypadku art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp (może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób) należy kierować się rzeczywistymi relacjami zachodzącymi między osobą wykonującą czynności w postępowaniu a wykonawcą i wpływem tych relacji na sytuację prawną innych wykonawców w postępowaniu oraz wynik postępowania. Nie wystarcza subiektywne przekonanie o wystąpieniu tej przesłanki. Wyłączenie z postępowania na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp wymaga zatem wykazania, że zaistniały stosunek faktyczny uzasadnia wyłączenie z postępowania ze względu na jego wpływ na sytuację prawną innych wykonawców w postępowaniu oraz wynik postępowania (np. wybór oferty). Wątpliwości dotyczące bezstronności osób wykonujących czynności w postępowaniu oraz wykonawcy muszą być uzasadnione.

CHARAKTER PRZESŁANKI

Przesłanka, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, nie może mieć charakteru abstrakcyjnego i prowadzić do sytuacji absurdalnych. W wyroku z dnia 17 grudnia 2002 r., sygn. akt:

V Ca 1851/02, odnoszącym się do analogicznego przepisu art. 20 uchylonej ustawy o zamówieniach publicznych, Sąd Okręgowy w Warszawie wskazuje, że norma ta nie wyklucza z udziału w pracach komisji przetargowej osoby, której małżonek jest pracownikiem wykonawcy. Zdaniem sądu okręgowego nie można zgodzić się, że przez udział w komisji przetargowej (osoby) będącej żoną pracownika oferenta doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 20 ustawy o zamówieniach publicznych, a tym samym do naruszenia art. 16 tejże ustawy, przez nieposzanowanie zasady równego traktowania wszystkich oferentów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd okręgowy stwierdził, że art. 20 nie wyklucza z udziału w pracach po stronie zamawiającego osoby, której małżonek jest pracownikiem oferenta, a tak szerokie rozumienie treści art. 20 ust. 1 pkt 3 ustawy o zamówieniach publicznych zaprezentowane przez zespół arbitrów nie znajduje uzasadnienia w wykładni tego przepisu, a ponadto, że takie jego rozumienie prowadziłoby do wyłączenia w sposób nieuzasadniony, szczególnie w małych miejscowościach, z postępowań o udzielenie zamówień publicznych działających na danym terenie podmiotów gospodarczych.

W przypadku art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp nie bez znaczenia jest ocena okoliczności faktycznych i prawnych związanych z samym postępowaniem i ich wpływ na wynik postępowania. W wyroku z 2 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1037/11, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do przepisu art. 17 ust. 3 Pzp dotyczącego powtórzenia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjętych przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, zwróciła uwagę, że: *W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, w związku z art. 17 ust. 3 Pzp, wpływ naruszeń przepisów ustawy, dokonania czynności w postępowaniu przy udziale osoby podlegającej wyłączeniu, na wynik postępowania nie może mieć czysto spekulatywnego charakteru, lecz musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych – wybór najkorzystniejszej oferty, a w postępowaniach wieloetapowych – ustalenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania.*

Istotne jest zatem, jaki wpływ na wynik postępowania ma znajomość, koleżeństwo, przyjaźń lub inna relacja towarzyska osoby wykonującej czynności w postępowaniu z wykonawcą. Wpływ musi być realny. W art. 24 nowej dyrektywy 2014/24/UE pojęcie konfliktu interesów obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi

zamówienia biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na jego wynik mają – bezpośrednio lub pośrednio – interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

WAŻNE !

Na gruncie art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp przepis art. 24 dyrektywy 2014/24/UE wymaga jednocześnie wykazania, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu miały interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

PODSUMOWANIE

Stosownie do treści art. 17 ust. 2 Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązane są złożyć, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, w formie pisemnej oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w ust. 1 tego przepisu. Przed odebraniem oświadczenia kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, musi uprzedzić osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezłożenie przez kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego lub mogące mieć wpływ na jego wynik oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie z tego postępowania, a także niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych. Przepis art. 17 ust. 2 Pzp nie precyzuje, w jakiej formie informacja ta powinna zostać przekazana. Z uwagi jednak na zasadę pisemności postępowania, określoną w art. 9 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, przyjęć należy, że czynność ta powinna również przybrać formę pisemną.

Przypis:

¹ Nowe podejście do badania konfliktu interesów.


MARTYNA LUBIENIECKA

RADCA PRAWNY Z WIELOLETNIĄ PRAKTYKĄ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH, BYŁY PRACOWNIK URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, TRENER I DOŚWIADCZONY SZKOLENIOWIEC. OBECNIE PRACOWNIK JEDNEJ Z WIĘKSZYCH FIRM NA RYNKU BUDOWLANYM, KTÓRĄ REPREZENTUJE PRZED KRAJOWĄ IZBĄ ODWOŁAWCZĄ ORAZ W SĄDACH W SPRAWACH O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE. AUTORKA WIELU PUBLIKACJI Z ZAKRESU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. CZŁONKINI OSKZP, MODERATORKA SPOTKIO.

UMOWA JAKO GWARANT BEZPIECZEŃSTWA FINANSOWEGO



W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którzy decydują się na wzięcie udziału w postępowaniu, muszą zadbać o swoje interesy, co jest znacząco utrudnione z uwagi na adhezyjność umów o zamówienie publiczne.

Worzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowało się w zasadzie jednolite stanowisko, że zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, a wykonawca nie ma dużego wpływu na kształt umowy o zamówienie publiczne (vide: KIO 1698/10 z dnia 23 sierpnia 2010 roku).

WYKONAWCA BEZ WPŁYWU?

Ewentualny wpływ na kształt umowy wykonawca może uzyskać tylko poprzez skorzystanie z instytucji pytań do zamawiającego, w trybie art. 38 ustawy – Prawo zamówień publicznych lub skorzystanie z środków ochrony prawnej. Ponadto może skalkulować ryzyka, które

Art. 38
Pzp

w ramach postanowień umownych przeniósł na wykonawcę gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W takim duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 marca 2017 roku, sygn. akt: KIO 409/17 w którym wskazała, iż:

Z art. 353¹ k.c. wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy, o ile jest ona objęta ich zgodnym zamiarem. Powoływanie się tylko na wspomnianą regulację, poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 353¹
k.c.

Odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie.

WAŻNE !

Dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka, dopóty brak jest podstaw do interwencji KIO w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego.

Z punktu widzenia wykonawcy takie wyroki należy ocenić pozytywnie, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza poprzez uzasadnienie swoich wyroków prowadzi edukację zamawiających w tym zakresie, a zatem uświadamia, iż przenoszenie wszelkich ryzyk na wykonawcę będzie powodowało ich skalkulowanie, a w konsekwencji zaoferowanie wyższej ceny ofertowej w danym postępowaniu.

Na kanwie doświadczeń z lat 2015 i 2016 roku, w zasadzie obecnie nie zdarza się, by świadomy wykonawca nie analizował postanowień umownych odnośnie do przeniesienia na niego odpowiedzialności za realizowaną inwestycję, stąd o wiele częściej teraz zdarza się, że szacunkowa wartość zamówienia oceniona przez zamawiającego z należytą starannością nijak się ma do cen wskazanych w ofertach.

WERYFIKACJA POSTANOWIEŃ UMOWNYCH

Rynek zamówień publicznych nieustannie się zmienia, a w ślad za tym również zamawiający i wykonawcy weryfikują swoje podejście do postanowień umownych w zamówieniach publicznych. Każda bowiem kolejna umowa kształtowana przez zamawiającego zawiera nowe

postanowienia, które zamawiający wprowadza nauczony doświadczeniem poprzedniej realizacji. Każda kolejna umowa to suma wszystkich doświadczeń zamawiającego, z kolei każde pytanie wykonawcy to często efekt negatywnych doświadczeń z poprzednich realizacji. Reakcją wykonawcy na brak odpowiedzi czy też negatywną odpowiedź zamawiającego często jest skorzystanie z instytucji odwołania.

Na wstępie niniejszego artykułu wspominałam, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej co do postanowień umownych w zamówieniach publicznych jest w zasadzie jednolite, jednakże coraz częściej zdarzają się wyroki Izby, które przyznają rację wykonawcom.

WAŻNE !

Izba coraz częściej orzeka, iż postanowienia umowy zamówieniowej nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.

Przykładem jest chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2017 roku, sygn. akt: KIO 2455/17, w którym Izba wskazała: *Zdaniem KIO wysokość kar umownych znacząco odbiega od poziomu spotykanego w innych tego typu postępowaniach – np. opóźnienie wykonawcy rzędu 35 dni spowoduje naliczenie kary umownej przekraczającej wartość oferty wykonawcy. (...).*

W orzeczeniu tym Izba zwróciła także uwagę, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kary umowne stały się instrumentem ograniczenia konkurencji w postępowaniu, a także odstraszenia wykonawców. Ponadto zamawiający nawet nie przedstawił żadnej symulacji celem wykazania, że wysokość kar znajduje odzwierciedlenie w szkodzie, jaką może ponieść zamawiający. Izba zwróciła także uwagę, że zamawiający uwzględnił ryzyko i złożył niekorzystne cenowo oferty.

Kolejny wyrok, na który warto zwrócić uwagę, jest z dnia 23 czerwca 2017 roku, sygn. akt: KIO 1117/17, KIO 1128/17, w którym Izba uznała, że:

|| Umowa o zamówienie publiczne nie może być gwarantem bezpieczeństwa finansowego wykonawcy, natomiast wykonawca może skorzystać z instytucji pytań i środków ochrony prawnej w celu mitygacji ryzyka, może również to ryzyko wycenić w ofercie.

Umowa powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach kara się należy, dłużnik powinien mieć świadomość tego, jakie naruszenie przez niego postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez drugą stronę zapłaty kary umownej.

W ramach tego wyroku Izba wypowiedziała się na temat postanowienia:

(...) za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu niż przewidziane w pkt 1-24 (umowy – przyp. aut.) – wykonawca musi zapłacić karę w wysokości 50 000 złotych za każdy stwierdzony przypadek.

Z powyższych przykładów wynika, iż umowa o zamówienie publiczne nie może być gwarantem bezpieczeństwa finansowego wykonawcy, natomiast wykonawca może skorzystać z instytucji pytań i środków ochrony prawnej w celu mitygacji ryzyka, może również to ryzyko wycenić w ofercie.

KARY UMOWNE

Wykonawcy zupełnie inaczej będą kalkulować ryzyko związane z naliczeniem kar umownych za zwłokę, a zupełnie inaczej za opóźnienie. Kary umowne za opóźnienie są to bowiem kary, które, co do zasady, należą się zamawiającemu (od wykonawcy) za wszelkie opóźnienia w realizacji umowy, a zatem wszelkie przyczyny często niezależne od wykonawcy.

Kary umowne za zwłokę to kary, które zapłaci wykonawca zamawiającemu, jeżeli opóźnienie w wykonaniu umowy będzie wynikało z jego winy.

Wiadomym jest, iż kary umowne za tzw. opóźnienie wykonawca będzie musiał wyliczyć, przewidując wszystkie możliwe zdarzenia, które mogą wystąpić w czasie realizacji umowy oraz prawdopodobieństwo wystąpienia tych zdarzeń.

Wskazując na rozróżnienie w zakresie kar umownych za opóźnienie i zwłokę należałoby przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2017 roku, sygn. akt: KIO 2163/17, w którym Izba nakazała zmianę postanowień umownych w zakresie kar umownych za zwłokę.

Należy pamiętać, iż orzeczenie to zapadło w konkretnym stanie faktycznym, niemniej jednak argumentacja Izby w tym wyroku warta jest przytoczenia. KIO wskazało bowiem, że:

(...) rozpoznając ten zarzut Izba wzięła pod uwagę prawo wykonawcy do równego traktowania z zamawiającym jak

i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania, w tym należytego wykonania umowy (art. 7 ust. 1 Pzp).

WAŻNE !

Okoliczność, że to zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający – wykonawca).

W prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 k.c., zgodnie z którym jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.

Art. 472
k.c.

Izba odmiennie od zamawiającego oceniła zaistniały w sprawie stan rzeczy uznając, że interes publiczny nie nakazuje rozszerzenia odpowiedzialności do okoliczności niezależnych od wykonawcy, czyli poza wymóg należytej staranności wykonawcy.

Wymóg odpowiedzialności za skutki zdarzeń, na które wykonawca nie ma wpływu powoduje po jego stronie konieczność poniesienia dodatkowych kosztów, np. ubezpieczenia ryzyk, co podnosi koszty zamówienia, powoduje ryzyko likwidacji, czy wręcz upadłości. Natomiast z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, to jest roboty budowlane (przebudowa i budowa drogi), oraz materiał sprawy zamawiający wyposażony jest w szereg instytucji formalnych oraz prawnych, które zabezpieczają jego interes, np. zespół nadzoru, inspektor nadzoru, zamawiający (§ 9 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy), rady budowy (§ 21 ust. 5 wzoru umowy), prowadzenie dokumentacji budowy (dziennik budowy) – art. 22 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. j.t. 2017 poz. 1332 z późn. zm.).

W ocenie Izby odwołujący zasadnie podniósł argumentację co do naruszenia postanowieniami § 9 wzoru umowy, dotyczącymi kar umownych, postanowienia art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przywołanym artykułem:

Art. 353¹
k.c.

|| Każda kolejna umowa to suma wszystkich doświadczeń zamawiającego, z kolei każde pytanie wykonawcy to często efekt negatywnych doświadczeń z poprzednich realizacji.

WAŻNE !

strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.

Stosunek umowny, jakim jest umowa o roboty budowlane – zdaniem KIO – jest stosunkiem ściśle regulowanym przez prawo administracyjne, jakim jest ustawa – Prawo budowlane. W związku z tym, jest on poddany szeregu reżimom normującym sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych oraz określającym zasady działania organów administracji publicznej w tych dziedzinach, czyli regułom mającym charakter władczy, a nie cywilnoprawny.

GWARANCJA ZAPŁATY

Analizując kwestię postanowień umownych w zamówieniach publicznych oraz zmieniające się w tym zakresie orzecznictwo należy także wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2017 roku, sygn. akt: KIO 2180/17, stosownie do którego:

Naruszenie zakazu wprowadzenia do wzoru umowy postanowienia o charakterze mogącym prowadzić do ograniczenia ustawowego uprawnienia wykonawcy, a więc naruszenie któregośkolwiek z przepisów szczególnych (art. 649² § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp) skutkuje uznaniem naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Podstawą do wydania tego orzeczenia było następujące postanowienie umowne, które zakwestionował wykonawca:

Strony ustalają, że jeżeli zamawiający udzieli gwarancji zapłaty w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, może dowolnie ustalić warunki realizacji praw wykonawcy z tej gwarancji z bankiem albo ubezpieczycielem przez siebie wybranym, a w szczególności może nałożyć warunek wypłaty z gwarancji w postaci dostarczenia przez wykonawcę bankowi albo ubezpieczycielowi podpisanego zgodnie z niniejszą umową bezwarunkowego protokołu odbioru etapu, na poczet którego wykonawca pragnie dokonać wypłaty z gwarancji.

|| Wymóg odpowiedzialności za skutki zdarzeń, na które wykonawca nie ma wpływu, powoduje po jego stronie konieczność poniesienia dodatkowych kosztów, np. ubezpieczenia ryzyk, co podnosi koszty zamówienia, powoduje ryzyko likwidacji, czy wręcz upadłości.

Kolejnym inspirującym wyrokiem jest wyrok z dnia 10 lipca 2018 roku, sygn. akt: KIO 1266/18. Jeden z „większych” zamawiających postanowił wyłączyć waloryzację ustawową, a zatem wyłączyć zastosowanie przepisów art. 357¹ i art. 358¹ § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c., co zakwestionował w odwołaniu jeden z wykonawców, a przyłączyło się do niego aż pięciu wykonawców, popierając tym samym, że w ich opinii takie postanowienia umowne są wyjątkowe niekorzystne dla wykonawców, a także bezprawne.

Izba w tym wyroku, analogicznie jak i w czterech poprzednich dotyczących wyłączenia wyżej wskazanych przepisów poprzez postanowienia umowne, uznała wyłączenie waloryzacji ustawowej za nadużycie prawa. KIO podkreśliła, iż:

pomimo tego, że normy te mają charakter dyspozytywny, to zamawiający nie może jednostronnie kształtować zobowiązania w taki sposób, by wyłączyć uprawnienie ustawowe i prawo do obiektywnego uregulowania w tym zakresie stosunków między stronami przez bezstronny i niezawisły sąd.

Co istotne, w tym wyroku, a co zostało akcentowane już wyżej, Izba zwróciła uwagę, że wyłączenie waloryzacji ustawowej doprowadziłoby do wyceny w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowywania oferty. A zatem Izba w tym wyroku zwróciła uwagę na element konieczności wyceny ryzyka, a także na fakt, iż ryzyka, aby mogły być możliwe do przewidzenia muszą być możliwe do zidentyfikowania.

W treści tego wyroku warto zwrócić uwagę na następujące argumenty wskazane w uzasadnieniu: *Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela argumentację przedstawioną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2018 roku, wydanego w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 145/18 i KIO 173/18, w szczególności przyjmując za własny pogląd, że: dyspozytywny charakter przedmiotowych norm, na który zwrócił uwagę zamawiający, nie uprawnia zamawiającego do jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób, który odbiera stronom umowy prawo do obiektywnego, niezależnego uregulowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia wyjątkowych sytuacji, niemożliwych do przewidzenia w umowie.*

Działania takiego nie uzasadnia pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych doznaje ograniczenia. Ograniczenie to polega na tym, że to zamawiający, którego możliwość swobodnego wyboru kontrahenta jest ograniczona, jest uprawniony do kształtowania warunków umowy. Wykonawcy z kolei mają ograniczony

**Art. 357¹
i art. 358¹
§ 3 k.c.
oraz
art. 632
§ 2 k.c.**

WAŻNE !

**Art. 649²
§ 1 k.c.
w zw. z art.
139 ust. 1 Pzp
i art. 7 Pzp**

wpływ na jej kształt, co mogą rekompensować sobie przez właściwą wycenę oferty. Uprawnienie zamawiającego nie ma jednak charakteru absolutnego.

WAŻNE !

Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć.

(...) Wyłączenie możliwości stosowania przepisów art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. stanowi przejaw nadużywania pozycji dominującej przez zamawiającego w świetle i tak ograniczonej, na gruncie Prawa zamówień publicznych, zasady swobody umów i realnego wpływu wykonawców na treść zawieranego stosunku umownego.

W ocenie Izby, wykonawca może i powinien mieć prawo do sądowej modyfikacji stosunku zobowiązaniowego na zasadach wynikających z powołanych powyżej przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku niemożliwej do przewidzenia na etapie zawierania umowy zmiany stosunków, czy istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza. Uprawnienie to dotyczy bowiem sytuacji, których wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne bądź wręcz nieprawdopodobne i które przecież w istotny sposób zaburzają równowagę kontraktową i zmieniają pozycję jednej ze stron kontraktu (...).

Reasumując temat dotyczący postanowień umownych w zamówieniach publicznych należy wskazać, iż:

WAŻNE !

pomimo tego, że wykonawcy nie mają, co do zasady, wpływu na postanowienia umowne, a w orzecznictwie podkreśla się, że zasada swobody umów na gruncie Prawa zamówień publicznych doznaje ograniczeń, to wykonawcy mają możliwość zagwarantowania sobie pewnego rodzaju bezpieczeństwa finansowego.

Jeśli odpowiedzi na zadane przez nich pytania nie będą satysfakcjonujące, czy też KIO nie uwzględni ich odwołania instrumentem ich ochrony i zapewnienia sobie bezpieczeństwa jest wycena ryzyk, znajdujących swoje odzwierciedlenie w postanowieniach umownych.

|| (...) Wyłączenie możliwości stosowania przepisów 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. stanowi przejaw nadużywania pozycji dominującej przez zamawiającego w świetle i tak ograniczonej, na gruncie Prawa zamówień publicznych, zasady swobody umów i realnego wpływu wykonawców na treść zawieranego stosunku umownego.

WYROK SĄDU NAJWYŻSZEGO

Warty podkreślenia w kontekście niniejszych rozważań jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 roku, sygn. akt: IV CSK 95/07, w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż: *Na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 k.c.), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę.*

Art. 385
§ 2 k.c.

W wyroku tym Sąd Najwyższy wypowiedział się, co wykładni oświadczeń woli, wskazując, iż poza kontekstem językowym ważne są także okoliczności złożenia oświadczenia woli, a także, iż należy brać pod uwagę nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Jednakże najistotniejsze jest stwierdzenie, że wszelkie niejasności należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę.

PODSUMOWANIE

W postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych stroną redagującą umowę jest niewątpliwie zamawiający, a zatem wszelkie niejasne postanowienia umowne nie dające się usunąć w drodze wykładni wykonawcy mogą tłumaczyć na swoją korzyść. Tym samym ugruntowana już w orzecznictwie zasada, iż na etapie przygotowania postępowania wszelkie niejasności należy interpretować na korzyść wykonawców ma swoją kontynuację na etapie realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem, pomimo że wykonawca w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady, nie ma wpływu na treść umowy, ma instrumenty pozwalające mu na zagwarantowanie bezpieczeństwa finansowego przy odpowiednim oczywiście skorzystaniu z owych możliwości. Ponadto coraz bardziej przychylnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, które należy ocenić bardzo pozytywnie, umożliwia wykonawcom mitygację ryzyka.

UWAGA NA WADIUM



Przedmiotem kontroli uprzedniej sygnowanej UZP/DKZP/KU/11/17 było postępowanie prowadzone przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji – Region Śląski, dotyczące prac na liniach kolejowych w rejonie Kędzierzyna-Koźla i Opola.

Zgodnie z dokumentacją kontrolowanego postępowania wartość szacunkowa zamówienia to 573 600 000,00 zł, w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 Pzp (odnoszących się do zamówień sektorowych z wolnej ręki udzielanych dotychczasowemu wykonawcy), wynosi 95 600 000,00 zł. Wartość zamówienia podstawowego to zatem 478 000 000,00 zł. Zamawiający żądał wniesienia przez wykonawców wadium w wysokości 14 640 000,00 zł.

Art. 134
ust. 6
pkt 3 Pzp

KWOTA WIĘKSZA NIŻ 3%

Zgodnie z treścią art. 45 ust. 4 Pzp zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 45 ust. 5a Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.

Art. 45
ust. 4 i 5a
Pzp

Z treści przywołanych przepisów wynika, że zamawiający ustala kwotę wadium w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia liczonej m.in. bez wartości zamówień,

o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 Pzp, co oznacza, że w niniejszym przypadku powinna to być wartość 478 000 000,00 zł. Liczona od tej wartości kwota wadium ustalona przez zamawiającego stanowi natomiast 3,06% wartości szacunkowej zamówienia podstawowego. Tym samym, określając kwotę wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia, zamawiający naruszył art. 45 ust. 4 Pzp.

W SIWZ zamawiający wskazał dokumenty, jakich żąda od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z punktem 9.10 SIWZ: *dokumenty, o których mowa w pkt 9.9.1 (tj. dokumenty, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Dokument, o którym mowa w pkt 9.9.2 (tj. dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania,*

§ 7 ust. 1
pkt 1 rozporządzenia
w sprawie
dokumentów

potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, a więc dokument, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia), *powinny być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem tego terminu.*

WAŻNE !

Zgodnie natomiast z § 7 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. b, powinny być wystawione nie wcześniej niż sześć miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zatem w punkcie 9.10 SIWZ zamawiający nieprawidłowo przytoczył treść § 7 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia, tj. skrócił do trzech miesięcy aktualność dokumentów składanych na potwierdzenie, że w stosunku do wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W konsekwencji zamawiający dopuścił się naruszenia § 7 ust. 2 rozporządzenia.

POTWIERDZENIE BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA

Zgodnie z punktem 8.1 SIWZ w postępowaniu mogli brać udział wykonawcy, wobec których nie ma podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13–23 Pzp, z wyłączeniem przesłanek określonych w ust. 1 pkt 13 lit. d i pkt 14 w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d (przesłanki wykluczenia obligatoryjne) oraz w art. 24 ust. 5 pkt 5–6 Pzp (przesłanki wykluczenia fakultatywne).

Na potwierdzenie braku ww. podstaw wykluczenia z postępowania, zgodnie z punktem 9.8 SIWZ, zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 (tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp, z wyjątkiem informacji w zakresie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d Pzp), pkt 4–7 i 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp, zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację; w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub, gdy sąd zarządził, likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r.

– Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U., poz. 978 z późn. zm.) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2015 r., poz. 233 z późn. zm.).

Jednocześnie zamawiający żądał dokumentu na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie ww. przesłanki fakultatywnej, tj. dokumentu określonego w § 5 pkt 4 rozporządzenia – odpisu z właściwego rejestru lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy. Pismem z 17 marca 2017 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę konsorcjum P. do złożenia dokumentów i oświadczeń, aktualnych na dzień złożenia, w tym m.in. powyższego dokumentu, określonego w § 5 pkt 4 rozporządzenia.

Art. 26
ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

WAŻNE !

Należy zauważyć, że dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 4 rozporządzenia, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. Oznacza to, iż żądanie tego dokumentu jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie wskazanego przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa kwotom określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 11

Art. 24
ust. 1 i 5 Pzp

ust. 8 lub przekracza je, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Ze względu na fakt, iż wymagany przez zamawiającego odpis z właściwego rejestru lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej nie jest dokumentem potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie przewidzianych przez zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ podstaw wykluczenia z postępowania, a tym samym – nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania – jego żądanie stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp. Ponadto żądanie złożenia tego dokumentu przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, stanowi jednocześnie naruszenie art. 26 ust. 1 Pzp.

KULISY POSTĘPOWANIA

Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z 17 marca 2017 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę konsorcjum P. do złożenia dokumentów i oświadczeń, aktualnych na dzień złożenia, w tym m.in. dokumentu określonego w § 5 pkt 4 rozporządzenia, tj. odpisu z właściwego rejestru lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy, w odniesieniu do obydwu wykonawców. Należy dodać, że partner konsorcjum, firma T., złożył wraz z ofertą jednolity dokument na podstawie art. 25a ust. 2 Pzp, w którym w części IV.A pkt 1 (*Figuruje w odpowiednim rejestrze zawodowym lub handlowym prowadzonym w państwie członkowskim siedziby wykonawcy*) wskazał adres strony internetowej Krajowego Rejestru Sądowego, zawierającej wyszukiwarkę podmiotów w KRS oraz numer w Krajowym Rejestrze Sądowym, pod jakim figuruje w tym rejestrze.

Zgodnie z § 10 ust. 1 rozporządzenia, w przypadku wskazania przez wykonawcę dostępności oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, 5 i 7, w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, zamawiający pobiera z nich samodzielnie wskazane przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty. Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją § 10 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, 5 i 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 Pzp, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa

w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.

Wykonawca konsorcjum P. wskazał dostępność dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 4 rozporządzenia (odpisu z KRS), w odniesieniu do partnera konsorcjum, w formie elektronicznej pod wskazanym adresem internetowym, w dokumentacji złożonej zamawiającemu wraz z ofertą. Tym samym od daty otwarcia ofert zamawiający dysponował możliwością pobrania samodzielnie powyższego dokumentu dotyczącego partnera konsorcjum. W konsekwencji wezwanie konsorcjum pismem z 17 marca 2017 r. do złożenia wskazanego dokumentu było niezasadne i stanowi uchybienie art. 26 ust. 1 Pzp w zw. z § 10 ust. 1 i 2 rozporządzenia.

ZANIECHANIE ZWROTU WADIUM

Tego samego zamawiającego dotyczy kontrola uprzednia sygnowana KU/138/18/DKZP, odnosząca się do postępowania w przedmiocie opracowania dokumentacji projektowej i wykonania robót budowlanych w ramach projektu pn. „Przebudowa linii kolejowej nr 285 na odcinku Świdnica Kraszowice-Jedlina Zdrój”. Postępowanie prowadzono w trybie przetargu nieograniczonego, z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 Pzp.

Wartość zamówienia określono na kwotę 94 316 876,00 zł (tj. 21 874 637,85 euro – całkowita wartość zamówienia), w tym 89 829 874,00 zł (tj. 20 833 980,56 euro) to wartość zamówienia podstawowego, a 4 487 002,00 zł (tj. 1 040 657,28 euro) – wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 Pzp. Środki unijne pochodzą z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego na lata 2014–2020. W postępowaniu zastosowano procedury odpowiednie dla zamówienia sektorowego.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej postępowania – na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdza naruszenie art. 46 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie czynności zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Użyte w art. 46 ust. 1 Pzp pojęcie „niezwłocznie” oznacza „bez zbędnej zwłoki”, z czego wnioskować należy, że najpóźniej następnego dnia po ustaniu przyczyny przetrzymywania wadium zamawiający powinien zwrócić je wykonawcy.

Art. 97
ust. 1 Pzp

Art. 161,
169 i 171 Pzp

Art. 46
ust. 1 Pzp

Otwarcie ofert nastąpiło 9 maja 2018 r. Do upływu wyznaczonego terminu złożonych zostało dziewięć ofert, w tym pięć przez konsorcja. Pismem z 17 sierpnia 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez firmę D.

WAŻNE !

W toku prowadzonej kontroli pismem z 10 września 2018 r. zamawiający został poproszony o wyjaśnienie, kiedy dokonał zwrotu wadium wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W odpowiedzi dostarczonej dwa dni później zamawiający przekazał dowody zwrotu wadium wszystkim wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza – z datą 11 września 2018 r.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, na wezwanie zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą, z jednoczesnym wydłużeniem terminu ważności wadium, odpowiedzieli jedynie czterej wykonawcy, którzy przedłużyli ważność wadium do indywidualnie określonych dat. Na przykład konsorcjum R. przedłużyło termin ważności gwarancji wadialnej do 20 października 2018 r.; firma IS – do 8 października 2018 r.; przedsiębiorstwo DOL – także do 8 października 2018 r.; konsorcjum E. – do 10 października 2018 r.

NIEZWŁOCZNIE, LECZ REALNIE

Należy podkreślić, że na gruncie ustawy Pzp brakuje definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie należy posłużyć się zatem regułami prawa cywilnego i ich interpretacją zgodnie z orzecnictwem (arg. z art. 14 Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt: II CSK 293/06) stwierdził: *użytego w art. 455 k.c. terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 k.c.* Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy, np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r., sygn. akt: V CKN 769/00, a także w wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r., sygn. akt: V CK 461/03.

Art. 354
i 355 k.c.

WAŻNE !

Pozwala to przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 k.c.) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 k.c.).

Tym samym termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 Pzp, należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a wskazanego przepisu. Oznacza to, że dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym, że przepis art. 46 ust. 1 Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjąć należy – w odniesieniu do pozostałych wykonawców, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a oni sami nie dokonali formalnego przedłużenia terminu ważności gwarancji wadialnej – że brak zwrotu wadium pomimo upływu ponad trzech tygodni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. od 17 sierpnia 2018 r., stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 Pzp. W przypadku pozostałych ofert termin przedłużonej ważności gwarancji wadialnej upływał w sierpniu 2018 r.

PODSUMOWANIE

Według stosownych przepisów zamawiający ustala kwotę wadium w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia, liczonej jednak m.in. bez wartości zamówień, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 Pzp, czyli odnoszących się do zamówień sektorowych z wolnej ręki udzielanych dotychczasowemu wykonawcy. Po odjęciu tej wartości uzyskuje wielkość kwoty tzw. podstawowej. A zgodnie z art. 45 ust. 5a Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego w kwocie nie większej niż 3% wartości zamówienia. Zamawiający w pierwszym z powyższych przykładów nie policzył dokładnie – i przeliczył się, naruszając jasno sprecyzowane przepisy.

Zbyt swobodnie potraktował on również przepisy o wadium w drugim przypadku. Brak ustawowej definicji określenia „niezwłocznie” nie upoważnia bowiem nikogo do przeciągania wykonania czegokolwiek tak określonego do trzech tygodni. Wiele wskazuje na to, że zamawiający zapomniał o obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium niewybranym wykonawcom. A to już niewątpliwe naruszenie przepisów. Wadium wydaje się elementem postępowania od dawna znanym i oczywistym, niewymagającym szczególnej uwagi. Jak widać, uwagi wymaga jednak jak najbardziej.

oprac. Maria Olszewska

ELEKTRONICZNE NIEDOPOWIEDZENIA



Jeden z najgorętszych problemów w aktualnej praktyce udzielania zamówień publicznych: co decyduje o tym, że oferta jest skutecznie złożona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym? Może wiążącej odpowiedzi udziela wyrok KIO wydany po rozprawie odwoławczej [sygn. KIO 2611/18] pod przewodnictwem **Przemysława Dzierzędzkiego** w dniu 4 stycznia 2019 r. Zdania w tej kwestii są jednak podzielone. Zanim je przedstawimy, poznamy w skrócie przebieg spornej sprawy.

Zamawiający C, działający w imieniu kilku instytucji centralnych, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy Pzp, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa komputerów stacjonarnych, komputerów przenośnych i tabletek na potrzeby jednostek administracji państwowej. Ogło-

szczenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 października 2018 r., nr 2018/S 207-471994.

W dniu 10 grudnia 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy S. zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty w części I i III postępowania. Wykonawca wniósł 20 grudnia 2018 r.

odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – wobec czynności odrzucenia swej oferty oraz zaniechania czynności jej wyboru jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne przyjęcie, że treść oferty jest niezgodna z ustawą,
- 2) art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78 k.c. z uwagi na niezasadne przyjęcie, że oferta odwołującego nie została złożona w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tym samym jej treść jest niezgodna z ustawą,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) w konsekwencji – naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez nieuprawnione niekorzystne traktowanie odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Art. 89 ust. 1
pkt 1 Pzp

Art. 7
ust. 1 Pzp

WAŻNE !

Odwołujący zwrócił uwagę przede wszystkim na to, że uzasadniając odrzucenie jego oferty, zamawiający podał, iż wykonawca, mimo upływu terminu składania ofert, nie złożył oferty w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem elektronicznym. W ocenie zamawiającego oferta wykonawcy nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument zamieszczony na platformie stanowi kopię oryginalnej oferty w formie pisemnej, poświadczoną za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Oferta w postaci elektronicznej nie została złożona.

Według odwołującego stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie i narusza wskazane przepisy prawa, w szczególności przepisy Pzp. Odwołujący wywiódł, że stosownie do art. 10a ust. 5 ustawy Pzp – oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym JEDZ, sporządza się – pod rygorem ich nieważności – w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu w rozumieniu ustawy z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 r., poz. 262 ze zm.) jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu ustawy z 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

Art. 10a
ust. 5 Pzp

W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych doprecyzowano, że ich

przekazanie następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia co najmniej:

- ✓ spełnienie wymagań przewidzianych dla systemu informatycznego w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną,
- ✓ identyfikację podmiotów przekazujących np. oferty,
- ✓ ustalenie dokładnego czasu i daty odbioru ofert,
- ✓ ochronę przed dostępem do ich treści przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia.

Zdaniem odwołującego, dokumenty elektroniczne przekazywane powinny być zatem za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, natomiast sporządzane w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

Art. 18 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne

RAMY INTEROPERACYJNOŚCI

Określając dopuszczalne formaty danych, w jakich mogą zostać przedłożone dokumenty, zamawiający korzysta z katalogu formatów wskazanych w załączniku nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych.

W rozdziale X „Opis sposobu przygotowania oferty” zamawiający zamieścił wymogi, zgodnie z którymi:

1. Wykonawca składa ofertę w formie elektronicznej za pośrednictwem platformy pod adresem <https://zamowienia.gov.pl>.
2. Oferta powinna być sporządzona w formie elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną i w języku polskim, pod rygorem nieważności.

(...)

9. Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem platformy, podpisane przez osoby uprawnione kwalifikowanym podpisem elektronicznym, następujące dokumenty:

- 1) Formularz oferty wraz z formularzem cenowym – Załącznik nr 3 do SIWZ,
- 2) Specyfikacja techniczna (odpowiednio dla danej części, na którą składa ofertę) – Załącznik nr 4 do SIWZ.

Jednocześnie w rozdziale III SIWZ zamawiający wskazał, że:

- ✓ Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania/Informacje”. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich zamieszczenia na platformie.

§3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności

✓ Zamawiający zgodnie z § 3 ust. 3 Rozporządzenia, określa dopuszczalne formaty przesyłanych danych, tj. pliki o wielkości do 50 MB w formatach pdf.

WAŻNE !

Odwołujący wywiódł, że oferta złożona przez niego spełnia wszelkie wymagania formalne, w tym również te dotyczące formy i sposobu jej złożenia. Skoro wykonawca elektronicznie, za pomocą platformy, złożył ofertę, która w formacie pdf została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta została złożona z naruszeniem cytowanych na wstępie przepisów prawa. Tym samym oferta została sporządzona w postaci elektronicznej oraz opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wszystkie warunki wymagane zatem przez ustawę zostały spełnione. Niezrozumiałym jest zatem stanowisko zamawiającego, że oferta jest sprzeczna z przepisami ustawy i nie została sporządzona w wymaganej prawem formie.

Odwołując się do treści art. 781 § 1 k.c. odwołujący wskazał, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wszystkie te wymagania zostały spełnione. Oferta została sporządzona i przesłana w wersji elektronicznej, stanowiąc tym samym dokument elektroniczny. Nie może zmieniać tej oceny fakt, iż znajduje się na niej podpis członka zarządu.

Wykonawca S. odwołał się do definicji dokumentu elektronicznego zawartej w art. 3 pkt 2 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne – jest to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Wszystkie te wymogi dokumentu elektronicznego spełnia oferta odwołującego.

Art. 781
§ 1 k.c.

USTALENIA KIO

Izba po wstępnych analizach stwierdziła, że omawiane postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej pod adresem: www.zamowienia.gov.pl. Zamawiający zgodnie z § 4 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu (...) określa dopuszczalny format kwalifikowanego podpisu elektronicznego jako:

✓ dokumenty w formacie „pdf” zaleca się podpisywać formatem PAdES,

✓ dopuszcza się podpisanie dokumentów w formacie innym niż „pdf”, wtedy należy użyć formatu XAdES.

Zamawiający, zgodnie z § 3 ust. 3 rozporządzenia, określił dopuszczalne – wskazane wyżej – formaty przesyłanych danych. Zgodnie z przepisami sprecyzował też pozostałe wskazówki i oczekiwania formalne wobec ofert.

Oferta odwołującego została złożona za pośrednictwem platformy określonej w SIWZ. Ofertę złożono w ten sposób, że odwołujący przesłał zamawiającemu plik zatytułowany „oferta coar” w formacie pdf. Na plik ten składały się zeskanowane dokumenty: wypełnione formularze ofertowy i cenowy, załącznik nr 4 do SIWZ – specyfikacja techniczna, potwierdzenia wykonanej operacji wpłacenia wadium w systemach bankowości internetowej, a także informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców odwołującego i dokumenty, które miały potwierdzać, że zaoferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ, tzw. dokumenty przedmiotowe.

Na skanach formularza ofertowego, cenowego i specyfikacji technicznej znajdował się zeskanowany podpis własnoręczny prezesa zarządu odwołującego. Na skanach pozostałych dokumentów znajdowała się zeskanowana adnotacja „za zgodność z oryginałem” wraz z zeskanowanym podpisem własnoręcznym prezesa zarządu odwołującego. Ustalono ponadto, że plik pdf został podpisany elektronicznie przez prezesa zarządu odwołującego.

WAŻNE !

Według zamawiającego, który odrzucił tę ofertę, wykonawca do upływu terminu na składanie ofert za pośrednictwem Platformy zakupowej zamieścił plik opisany przez niego jako „oferta”. Plik zawierał ostemplowany, podpisany odręcznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki, wypełniony formularz oferty, zeskanowany do pliku pdf. Plik ten został opatrzony podpisem elektronicznym przez prezesa zarządu z uwidocznionym stemplem graficznym. W ocenie zamawiającego oferta S. nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument zamieszczony na platformie stanowi kopię oryginalnej oferty w formie pisemnej, poświadczoną za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Oferta w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym, nie została przez wykonawcę złożona.

W ŚWIETLE PRAWA

Zgodnie z art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025), oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi

Art. 66
i 78 k.c.

oferę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Jednocześnie, mając na uwadze treść art. 78 k.c. oraz art. 781 k.c. wskazać należy, iż ustawodawca dokonał wyraźnego rozróżnienia czynności prawnej, w zależności od formy jej dokonania. Wobec powyższego, w przypadku formy pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, zaś dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymagane jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Kodeks cywilny wyraźnie rozróżnia wymogi formalne w zakresie oferty w formie tradycyjnej – pisemnej od oferty sporządzonej w formie elektronicznej. Ustawodawca nie przewidział dodatkowej możliwości scalania tych dwóch, odrębnych form w kolejny byt prawny, uznając go tym samym za niedopuszczalny.

Jednocześnie zgodnie z rozporządzeniem w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu (...), które reguluje zasady poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów przesłanych w formie elektronicznej w § 5 ust. 2 wskazano, iż *w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę, jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.*

WAŻNE !

Elektroniczną kopią dokumentu jest zatem dokument, którego oryginał istnieje w formie pisemnej, zaś jego kopia została zapisana na informatycznym nośniku danych, np. w formie skanu. Mając to na uwadze, przekazanie skanu oferty sporządzonej i podpisanej w formie tradycyjnej, nie może zostać uznane przez zamawiającego za złożenie oferty w formie przewidzianej w art. 781 k.c., tj. w zgodzie z przepisami ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych. Oferta złożona przez wykonawcę S. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodna z nią. Zatem odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

SPÓR O FORMĘ

Nie znalazły potwierdzenia zarzuty przedstawione w odwołaniu. Spór pomiędzy stronami dotyczył formy, w jakiej została sporządzona oferta złożona przez odwołującego, który utrzymywał, że sporządził swą

oferę w oryginale w prawidłowej formie elektronicznej. Zamawiający natomiast utrzymywał, że oferta odwołującego została sporządzona w formie kopii oryginalnej oferty sporządzonej uprzednio w formie pisemnej, która została jedynie poświadczona elektronicznie za zgodność z oryginałem.

Stan faktyczny nie był sporny między stronami. Zdaniem Izby, w tej sytuacji zamawiający prawidłowo ocenił, że tak sporządzona i złożona oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako sprzeczna z ustawą. Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w sprawie przepisem art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem.

Art. 25a
Pzp

Na wstępie dostrzec należało, że odwołujący błędnie przywołał poprzednie brzmienie tego przepisu, sprzed wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 20 lipca 2018 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 1603), co miało miejsce 18 października 2018 r. Jak wynika z przywołanego przepisu – dla zachowania prawidłowej formy oferty nie wystarcza opatrzenie dokumentu w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Istotne jest, aby oferta została sporządzona w postaci elektronicznej. Słowo „sporządzenie” niewątpliwie należy odróżnić od słowa „złożenie”. Zdaniem Izby, pojęcie „sporządzenie” należy utożsamiać z wytworzeniem, powstaniem oświadczenia. Istotna jest zatem także pierwotna postać oferty.

Na takie rozumienie wskazują także przepisy rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu (...). Również w tym akcie prawnym normodawca akcentuje znamię „sporządzenia”. W § 5 tego aktu prawnego czytamy, że:

1) Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.

Art. 22a
Pzp

2) W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, albo przez podwykonawcę, jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

WAŻNE !

Z przywołanego przepisu wynika, że wersję elektroniczną dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w innej formie niż elektroniczna, normodawca określa mianem „elektronicznej kopii posiadanego dokumentu”. Powyższej kwalifikacji nie zmienia opatrzenie tak stworzonej elektronicznej kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przesądza tu bowiem w ust. 2 przywołany przepis, że podpis ten należy traktować wyłącznie jako poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. W przepisach i ich interpretacjach wielokrotnie i konsekwentnie nazywano skan dokumentu stworzonego pierwotnie w formie pisemnej „elektroniczną kopią”, zaś złożony na tej kopii podpis – poświadczeniem kopii „za zgodność z oryginałem”.

Prowadził to do jednoznacznego wniosku, że sporządzona przez odwołującego elektroniczna kopia oferty nie była jej oryginałem. Istniała bowiem w naturze i w posiadaniu odwołującego oryginalna oferta sporządzona w wersji pisemnej i opatrzona własnoręcznym podpisem prezesa zarządu odwołującego. Nie można było przy tym utrzymywać, że stworzenie oferty w postaci papierowej i podpisanie jej własnoręcznym podpisem prezesa zarządu odwołującego było jakimś etapem „tworzenia” oferty w formie dokumentu elektronicznego. Uszło uwadze odwołującego, że podpisanie podpisem tradycyjnym (własnoręcznym) nie jest wymaganym elementem powstawania dokumentu w formie elektronicznej, skoro musi być on podpisany podpisem elektronicznym, a nie własnoręcznym.

W trakcie rozprawy odwołujący podniósł, że jedynie w przypadku skanów dokumentów, pochodzących od innych podmiotów, opatrzenie ich podpisem elektronicznym wykonawcy należy rozumieć jako poświadczenie kopii elektronicznej za zgodność z oryginałem. Zdaniem Izby nic takiego nie wynikało z przywołanych przepisów, a także uzasadnień do projektów aktów wykonawczych do ustawy Pzp, które należało traktować jako swego rodzaju wyraz wykładni autentycznej normodawcy. Na uwagę zasługiwał fakt, że w regulacjach tych prawodawca nakazywał uznawać podpis elektroniczny na sporządzonej kopii elektronicznej za poświadczenie dokumentu za zgodność, nie uzależniając tej kwalifikacji od tego, czy oryginalny dokument pochodził od wykonawcy, czy innego podmiotu.

Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że ustawodawca w art 10a ust. 5 ustawy Pzp przesądził, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenia z art. 25a, w tym jednolity dokument muszą być

„sporządzone” w postaci elektronicznej. Analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, że dokumenty i oświadczenia wymienione w tym przepisie, a więc i oferta nie mogą być sporządzone w formie elektronicznej kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

PODSUMOWANIE

Sporządzenie oferty w formie sprzecznej z ustawą Pzp należało uznać za niezgodność oferty z ustawą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością jej odrzucenia na tej podstawie. Podzielono w tej sprawie stanowisko prezentowane także w piśmiennictwie. „W sytuacji, gdy – zgodnie z art. 10a ust. 5 Pzp – oświadczenia mają być sporządzane [a nie tylko doręczane] w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to taką postać dokumentu należy uznać za postać oryginalną. Jak wprost wynika z przepisu, oświadczenie – czy samego wykonawcy, czy innego podmiotu – musi zostać sporządzone w formie elektronicznej. Nie będzie uznany za oryginał dokument zawierający np. skan dokumentu uprzednio sporządzonego w wersji papierowej. Taki skan, nawet gdyby został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, byłby jedynie kopią oryginalnego dokumentu. Oryginał miałby bowiem w dalszym ciągu postać papierową [pisemną]”. [Marzena Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2018*].

W analizowanej sprawie podzielono także stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych, który na swej stronie zaprezentował przykładowe zapisy dotyczące porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Wśród tych zapisów znalazł się m.in. następujący: Oferta/wniosek powinna/ /powinien być sporządzona/sporzadzony w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych [...] i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty/ /wniosku, w tym zaszyfrowania oferty, opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ofertę/ /wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Kierując się powyższymi rozważaniami należało dojść do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i orzeczono o jego oddaleniu.

oprac. Maria Olszewska

*Wybierz swoją wersję
prenumeraty spośród trzech
dostępnych opcji!*

Forum Nowoczesnego Budownictwa to pierwszy na rynku specjalistyczny magazyn, który został zaprojektowany z myślą o **aktualnych wymaganiach stawianych przez architektów, projektantów, wykonawców, inwestorów oraz kierowników budów.**

Czasopismo **adresowane wyłącznie do specjalistów zawodowo zajmujących się budownictwem.**

Jako jedyni dajemy wskazówki do pracy z konkretnymi problemami oraz omawiamy zasady rozwiązań w sytuacjach niestandardowych.



Wejdź na stronę www.forum-budownictwa.pl

W razie pytań skontaktuj się z naszym doradcą

 Monika Madaj

 monika.madaj@forum-media.pl

 61 62 87 027

UMOWA BEZ POSTĘPOWANIA



Pojęcie umowy o charakterze odpłatnym obejmuje decyzję, na mocy której instytucja zamawiająca przyznaje określonemu wykonawcy bezpośrednio, a zatem bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, finansowanie przeznaczone na wytwarzanie produktów, które mają być przez niego dostarczane bezpłatnie jednostkom administracji – orzecł Trybunał Sprawiedliwości (ósma izba) w sprawie C-606/17.

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczył wykładni art. 49, 56, 105 i następnych TFUE oraz art. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Euro-

pejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. 2004, L 134, s. 114). Złożono go w ramach sporu między IBA Molecular Italy Srl

Art. 49, 56
i 105 TFUE

a lokalnym ośrodkiem służby zdrowia, regionem Wenecja Euganejska, Ministerstwem Zdrowia Włoch oraz szpitalem Angelo de Mestre – w przedmiocie bezpośredniego udzielenia przez lokalny ośrodek zamówienia na trzyletnie dostawy radiofarmaceutyku o nazwie „fludeoksyglukoza (18F) IBA” (zwanego dalej produktem leczniczym 18-FDG) instytucji o nazwie Istituto Sacro Cuore – Don Calabria di Negrar.

Podstawę prawną w tej sprawie, oprócz uregulowań unijnych (m.in. art. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE), stanowią przepisy włoskie, takie jak art. 1 ustawy nr 132 w sprawie placówek szpitalnych i szpitalnej opieki zdrowotnej z dnia 12 lutego 1968 r. i art. 41 ustawy nr 833 ustanawiającej krajową służbę zdrowia z dnia 23 grudnia 1978 r., z którego wynika, że m.in. *stosunki właściwych terytorialnie lokalnych placówek służby zdrowia z instytucjami, podmiotami i szpitalami, które zostały zaklasyfikowane zgodnie z ustawą nr 132 z dnia 12 lutego 1968 r., oraz ze szpitalem Galliera w Genui i z Suwerennym Wojskowym Zakonem Maltańskim są uregulowane w odpowiednich umowach ad hoc, a ponadto, że: uznane placówki służby zdrowia udzielające świadczeń opieki zdrowotnej zachowują status podmiotów działających w publicznym systemie opieki zdrowotnej.*

POSTĘPOWANIE GŁÓWNE

IBA, przedsiębiorstwo specjalizujące się w produkcji radiofarmaceutyków, jest wyłącznym przedstawicielem na Włochy produktu leczniczego 18-FDG – znacznika izotopowego używanego przy niektórych badaniach radiologicznych. Firma ta, składając skargę 29 kwietnia 2015 r., zakwestionowała przed regionalnym sądem administracyjnym dla Lacjum podjęte środki i czynności umowne, za pomocą których lokalny ośrodek służby zdrowia nr 3 i szpital Angelo de Mestre udzieliły bezpośrednio i bez wcześniejszego przetargu zamówienia na dostawy produktu leczniczego 18-FDG na okres trzech lat instytucji Sacro Cuore.

Sacro Cuore jest religijnym zakładem prawa prywatnego, lecz uczestniczy w publicznym systemie planowania opieki zdrowotnej w regionie Wenecja Euganejska na podstawie porozumienia *ad hoc*, jako szpital klasyfikowany, traktowany w związku z tym jak zakład publiczny. W umowie zawartej w ramach tego zamówienia na dostawy przewidziano, że

II W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym ocena odpłatnego charakteru umowy dotyczącej wytwarzania i dostaw produktu leczniczego powinna uwzględniać istnienie świadczenia wzajemnego wypłacanego dostawcy tego produktu za pomocą dotacji.

Sacro Cuore ma dostarczać nieodpłatnie produkt leczniczy 18-FDG do dziewięciu regionalnych szpitali publicznych, za pobraniem kosztów dostawy ustalonych ryczałtowo na 180 euro od jednego transportu.

Na poparcie wniosku o unieważnienie udzielenia Sacro Cuore bezpośrednio zamówienia na dostawę produktu leczniczego 18-FDG i o przeprowadzenie następnie przetargu na dostawę tego produktu leczniczego IBA zakwestionowała następujące czynności prawne:

- ✓ przyznanie dotacji w wysokości 700 000 euro, wypłaconej przez region Wenecja Euganejska na rzecz Sacro Cuore, przeznaczonej na pokrycie kosztów nieodpłatnego dostarczania produktu leczniczego 18-FDG do wszystkich odpowiednich zakładów opieki zdrowotnej tego regionu;
- ✓ wzór umowy w sprawie ustanowienia systemu dostaw między poszczególnymi regionalnymi zakładami publicznej opieki zdrowotnej a Sacro Cuore, sporządzony przez region Wenecja Euganejska, oraz
- ✓ regionalne i państwowe czynności dotyczące spornego zamówienia i warunki produkcji i dostaw tego produktu.

Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2016 r. regionalny sąd administracyjny dla Lacjum oddalił skargę IBA, głównie z dwóch powodów. Po pierwsze rozpatrywana dostawa produktu leczniczego 18-FDG jest w jego ocenie zasadniczo bezpłatna, ponieważ ani przyznana Sacro Cuore dotacja w wysokości 700 000 euro, ani pokrycie kosztów transportu produktu leczniczego nie mają charakteru bezpośredniego świadczenia wzajemnego. Po drugie nawet gdyby umowa na dostawy tego produktu leczniczego miała charakter odpłatny, udzielenie spornego zamówienia stanowi porozumienie między organami administracji publicznej, do którego prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej nie znajduje zastosowania.

IBA wniosła z kolei odwołanie od tego wyroku do rady stanu Włoch. W jej opinii dokonana przez sąd pierwszej instancji ocena w zakresie wykładni pojęcia umowy o charakterze odpłatnym jest zasadniczo błędna. Podziela ona natomiast ocenę sądu pierwszej instancji, że sporne zamówienie na dostawy ustanawia współpracę pomiędzy jednostkami publicznymi, która nie wchodzi w zakres stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. W pierwszej kolejności rada uważa, że poza zwrotem kosztów dostarczenia produktu leczniczego 18-FDG Sacro Cuore formalnie nie otrzymuje żadnego wynagrodzenia w zamian za dostawę tego produktu do publicznych zakładów opieki zdrowotnej, dla których jest on przeznaczony.

Jednak według wykładni celowościowej art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE zamówienie wykazuje odpłatny charakter, jeżeli wykonawca, który zapewnia dostawę danego towaru, uzyskuje znaczącą korzyść ekonomiczną ze strony organu administracji publicznej innego niż instytucja zamawia-

jąca, a można rozsądnie uznać, że celem tego finansowania jest właśnie dostawa tego towaru. Taki jest w niniejszym przypadku cel dotacji w kwocie 700 000 euro przyznanej na rzecz Sacro Cuore przez region Wenecja Euganejska. Ponadto rada państwa uważa, że włoski kodeks zamówień publicznych oraz prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej mają zastosowanie do postępowania takiego jak to, o którym mowa w niniejszym wyroku.

Art. 1
ust. 2 lit. a
dyrektywy
2004/18/WE

WAŻNE !

Z orzecznictwa TSUE wynika bowiem, że umowy o charakterze odpłatnym, zawierane między dwoma organami administracji publicznej, stanowią zamówienia publiczne także wtedy, gdy organ administracji działający jako podmiot prywatny nie działa w głównej mierze w celach zarobkowych. Umowa nie może też być wyłączona z pojęcia zamówienia publicznego wyłącznie z uwagi na fakt, że otrzymane wynagrodzenie ogranicza się do zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi.

W sporze w postępowaniu głównym nie jest spełniona żadna z dwóch przesłanek pozwalających na odstąpienie od stosowania prawa zamówień publicznych. Sąd odsyłający uważa bowiem, że nie mamy tu do czynienia ani z umową zawartą przez organ administracji z innym, prawnie odrębnym podmiotem publicznym, nad którym ten ostatni podmiot sprawuje „kontrolę analogiczną” do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami, w rozumieniu wyroku z 18 listopada 1999 r., Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), ani z umową ustanawiającą współpracę między podmiotami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania ich wspólnego zadania z zakresu usług publicznych, w rozumieniu w szczególności wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385). Jednak zdaniem rady stanu Sacro Cuore, jako szpital klasyfikowany, zasługiwał w ramach sporu w postępowaniu głównym na to, by być w pełnym zakresie traktowany jak instytucja zamawiająca, chociaż nie jest on podmiotem prawa publicznego.

/// W zakres stosowania prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej nie wchodzi także umowy o charakterze odpłatnym ustanawiające współpracę między podmiotami publicznymi, mające za przedmiot zapewnienie wykonania ich wspólnego zadania z zakresu usług publicznych, pod warunkiem że umowy takie zawarte zostały wyłącznie przez podmioty publiczne.

Ponadto sąd odsyłający wskazuje, że TSUE nie miał jeszcze sposobności, by orzekać w sprawie szczególnej sytuacji podmiotów, takich jak szpitale klasyfikowane, które są funkcjonalnie włączone do systemu regionalnej służby zdrowia, mimo że zarządzanie nimi pozostaje prywatne w aspekcie finansowania, powoływania zarządu i regulaminu.

PYTANIA PREJUDYCJALNE

W tych okolicznościach Rada Państwa postanowiła zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

1] Czy europejskie przepisy w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a w szczególności art. 1 i 2 dyrektywy [2004/18/WE], obejmują swym zakresem stosowania również złożone czynności, w ramach których instytucja zamawiająca bezpośrednio przyznaje danemu podmiotowi gospodarczemu finansowanie na określony cel, przeznaczone wyłącznie na wytworzenie produktów, które bez dalszego postępowania przetargowego mają być przedmiotem nieodpłatnej dostawy na rzecz różnych podmiotów publicznych, bez zapłaty z ich strony jakiegokolwiek wynagrodzenia temu dostawcy; czy w związku z tym cytowane przepisy europejskie stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które zezwalają na bezpośrednie przyznanie finansowania na określony cel przeznaczonego na wytworzenie produktów mających być bez dalszego postępowania przetargowego przedmiotem dostawy na rzecz różnych podmiotów publicznych, zwolnionej z zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz tego dostawcy?

Art. 11 2
dyrektywy
2004/18/WE

2] Czy europejskie przepisy w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a w szczególności art. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 49, 56, 105 i nast. [TFUE], stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które zrównując klasyfikowane prywatne szpitale ze szpitalami publicznymi, poprzez uwzględnienie ich w systemie publicznego programu krajowej opieki zdrowotnej na mocy szczególnych umów, odrębnych od powszechnych stosunków akredytacji obowiązujących z innymi podmiotami prywatnymi uczestniczącymi w systemie świadczeń opieki zdrowotnej, przy braku spełnienia wymogów do uznania za podmiot prawa publicznego oraz przesłanek bezpośredniego udzielenia zamówienia według zasad *in house providing*, wyłączają te klasyfikowane prywatne szpitale z zakresu stosowania krajowych i europejskich przepisów w dziedzinie zamówień publicznych? Czy jest tak również w przypadkach, w których podmiotom tym powierzono wytworzenie i nieodpłatną dostawę na rzecz publicznych placówek opieki zdrowotnej produktów koniecznych do wykonywania świadczeń opieki zdrowotnej, a które to

klasyfikowane prywatne szpitale otrzymują jednocześnie publiczne finansowanie na określony cel z przeznaczeniem na dokonanie takich dostaw?

UMOWA O CHARAKTERZE ODPLATNYM

Przez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że pojęcie umowy o charakterze odpłatnym obejmuje decyzję, na mocy której instytucja zamawiająca przyznaje określonemu wykonawcy bezpośrednio, a zatem bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, finansowanie przeznaczone w całości na cel wytwarzania produktów, które mają być przez niego dostarczane bezpłatnie różnym jednostkom administracji, zwolnionym z zapłaty temu dostawcy jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego, z wyjątkiem płatności tytułem kosztów dostawy kwoty ryczałtowej wynoszącej 180 euro od każdego transportu.

W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym region Wenecja Euganejska i Sacro Cuore zawarły umowę, na podstawie której Sacro Cuore zobowiązuje się do wytwarzania i bezpłatnej dystrybucji produktu leczniczego 18-FDG do regionalnych szpitali publicznych, za opłaceniem przez te szpitale ryczałtowych kosztów dostawy w kwocie 180 euro od każdego transportu. W tym celu region Wenecja Euganejska wypłaca Sacro Cuore dotację w wysokości 700 000 euro, w całości przeznaczoną na produkcję tego produktu leczniczego.

WAŻNE !

Odpłatny charakter takiej umowy nie budzi żadnych wątpliwości. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE do tego, by umowa zawarta przez jednego wykonawcę lub większą ich liczbę z jedną instytucją zamawiającą lub większą ich liczbą wchodziła w zakres pojęcia zamówienia publicznego, musi ona być umową o charakterze odpłatnym. Tymczasem zwrot „o charakterze odpłatnym” oznacza, zgodnie z jego zwykłym prawnym znaczeniem, umowę, na mocy której każda ze stron zobowiązuje się do świadczenia w zamian za inne świadczenie. Tym samym umowa przewidująca wymianę świadczeń wchodzi w zakres pojęcia zamówienia publicznego, nawet gdy przewidziane wynagrodzenie jest ograniczone do częściowego zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi.

W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym ocena odpłatnego charakteru umowy dotyczącej wytwarzania i dostaw produktu leczniczego powinna zatem uwzględniać

II Pojęcie umowy o charakterze odpłatnym obejmuje decyzję, na mocy której instytucja zamawiająca przyznaje określonemu wykonawcy bezpośrednio, a zatem bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, finansowanie przeznaczone w całości na cel wytwarzania produktów.

istnienie świadczenia wzajemnego wypłacanego dostawcy tego produktu za pomocą dotacji regionu Wenecja Euganejska w wysokości 700 000 euro. Z powyższego wynika, że umowa, taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której wykonawca zobowiązuje się do wytwarzania i dostarczania produktu różnym jednostkom administracji publicznej w zamian za przyznanie mu finansowania w całości przeznaczanego na ten cel, mieści się w pojęciu umowy o charakterze odpłatnym w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE, nawet jeśli koszty wytworzenia i dystrybucji tego produktu nie zostaną w całości pokryte z tej dotacji lub przez koszty dostawy, które mogą zostać naliczone tym jednostkom.

SZPITALY KLASYFIKOWANE

Przez pytanie drugie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 lit. a oraz art. 2 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym. Zrównuje ono szpitale prywatne klasyfikowane ze szpitalami publicznymi ze względu na ich włączenie do systemu planowania krajowej publicznej opieki zdrowotnej, uregulowane w umowach *ad hoc*, różnych od zwykłych stosunków akredytacji, panujących w przypadku innych prywatnych podmiotów uczestniczących w systemie opieki zdrowotnej. W efekcie wyłącza ono te szpitale spod zakresu działania krajowych i unijnych przepisów z dziedziny zamówień publicznych. Dotyczy to również przypadków, w których szpitalom

II Uregulowanie krajowe, takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie może wyłączyć spod zakresu stosowania norm dotyczących zamówień publicznych umów zawieranych między instytucją taką jak Sacro Cuore a podmiotem publicznym.

tym zleca się wytwarzanie i dostarczanie bezpłatnie do publicznych zakładów opieki zdrowotnej specyficznych produktów niezbędnych do świadczenia usług opieki zdrowotnej – w zamian za publiczne finansowanie przyznane w celu wytwarzania i dostawy tych produktów.

WAŻNE !

Na mocy art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE do tego, by dana umowa o charakterze odpłatnym stanowiła zamówienie publiczne, a w związku z tym – by znajdowały do niej zastosowanie uregulowania Unii Europejskiej w tej dziedzinie, musi być zawarta przez jednego wykonawcę lub większą ich liczbę z jedną instytucją zamawiającą lub większą ich liczbą.

Art. 1 ust. 2
lit. a dyrektywy 2004/18

Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, zakresem zastosowania prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych nie są objęte dwa rodzaje zamówień udzielanych przez podmioty publiczne. Po pierwsze chodzi o umowy zawierane przez podmiot publiczny spełniający określone w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE przesłanki kwalifikujące go jako „instytucję zamawiającą” w rozumieniu tej dyrektywy, z odrębną od niego osobą prawną, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, zaś osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, do których należy. W tym względzie wystarczy stwierdzić, że z informacji sądu odsyłającego wynika, iż ani region Wenecja Euganejska, ani instytucje zamawiające wymienione w pkt 8 niniejszego wyroku nie sprawują nad Sacro Cuore kontroli analogicznej do tej, jaką sprawują nad swoimi własnymi służbami. Zatem uregulowanie krajowe, takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie może wyłączyć spod zakresu stosowania norm dotyczących zamówień publicznych umów zawieranych między instytucją taką jak Sacro Cuore a podmiotem publicznym.

Po drugie w zakres stosowania prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej nie wchodzi także umowy o charakterze odpłatnym ustanawiające współpracę między podmiotami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania ich wspólnego zadania z zakresu usług publicznych, pod warunkiem że umowy takie zawarte zostały wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału strony prywatnej, i żaden prywatny wykonawca nie zyskuje uprzywilejowanej pozycji względem swoich konkurentów, a ustanowiona w nich współpraca jest podyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w interesie publicznym.

Wszystkie wymienione kryteria mają charakter kumulatywny, czyli zamówienie udzielone między podmiotami

publicznymi może być wyłączone spod zakresu stosowania prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych z uwagi na ten wyjątek, wyłącznie jeśli umowa, której podlega to zamówienie, spełnia wszystkie te kryteria. W pierwszym z tych kryteriów chodzi właśnie o to, by ta forma współpracy łączyła podmioty publiczne. Kryterium to oczywiście nie zostało spełnione w niniejszej sprawie. Szpitale klasyfikowane, takie jak Sacro Cuore, są osobami prawnymi, których zarząd w aspekcie finansowania, powołania zarządu oraz regulaminu jest nadal w pełni prywatny.

PODSUMOWANIE

Trybunał Sprawiedliwości UE (ósma izba) orzekł następująco:

Artykuł 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że pojęcie umowy o charakterze odpłatnym obejmuje decyzję, na mocy której instytucja zamawiająca przyznaje określonemu wykonawcy bezpośrednio, a zatem bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, finansowanie przeznaczone w całości na cel wytwarzania produktów, które mają być przez niego dostarczane bezpłatnie różnym jednostkom administracji, zwolnionym z zapłaty temu dostawcy jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego, z wyjątkiem płatności tytułem kosztów dostawy kwoty ryczałtowej wynoszącej 180 euro od każdego transportu.

Artykuł 1 ust. 2 lit. a i art. 2 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które – zrównując szpitale prywatne klasyfikowane ze szpitalami publicznymi ze względu na ich włączenie do systemu planowania krajowej publicznej opieki zdrowotnej, uregulowane w umowach *ad hoc*, które są różne od zwykłych stosunków akredytacji panujących w przypadku innych prywatnych podmiotów uczestniczących w systemie opieki zdrowotnej – wyłącza te szpitale spod zakresu działania krajowych i unijnych przepisów z dziedziny zamówień publicznych. Również w przypadkach, w których szpitalom tym zleca się wytwarzanie i dostarczanie bezpłatnie do publicznych zakładów opieki zdrowotnej specyficznych produktów niezbędnych do świadczenia usług opieki zdrowotnej w zamian za publiczne finansowanie przyznane w celu wytwarzania i dostawy tych produktów.

oprac. Maria Olszewska

POZNAJ CZASOPISMA Z ZAKRESU KSIĘGOWOŚCI I KADR

Fachowa wiedza, analiza konkretnych przypadków oraz problemów to wszystko znajdziecie Państwo w naszych czasopismach

Sposób na VAT,
Kadry i Płace oraz
Sposób na Dochodowy.

NOWOŚĆ

Wybierz prenumeratę w wersji elektronicznej lub w wersji papierowej i elektronicznej i skorzystaj z **5%** rabatu.



Jeśli chcesz kupić pakiet dwóch czasopism lub trzech skontaktuj się z naszym doradcą **Daniel Wojtczak, daniel.wojtczak@forum-media.pl** lub pod nr telefonu **tel. 61 66 83 140**




JÓZEF EDMUND NOWICKI

WŁAŚCICIEL KANCELARII SPECJALIZUJĄCEJ SIĘ W KONTROLI I DORADZTWIE
Z ZAKRESU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



NA PYTANIA CZYTELNIKÓW ODPOWIADA JÓZEF EDMUND NOWICKI

TREŚĆ OFERTY

 Czy brak w ofercie żądanej przez zamawiającego nazwy producenta oferowanego urządzenia stanowi podstawę odrzucenia oferty?

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności opisowi przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mówiącego o poprawianiu omyłek.

Art. 89
ust. 1 Pzp


Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a *contrario* należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji.

W orzecznictwie pod pojęciem treści oferty należy rozumieć zobowiązanie do spełnienia wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, liczby, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Treść oferty to również nazwa oferowanego przedmiotu zamówienia, jeżeli zamawiający żądał jej podania w formularzu ofertowym.

W wyroku z dnia 6 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 620/16, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do zagadnienia złożenia oferty bez podania nazwy producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, jeżeli zamawiający żądał jej w ofercie. Zamawiający w różny sposób może ukształtować wymagania co do oferowanego przedmiotu zamówienia w złożonej ofercie, także żądając podania nazwy producenta oferowanego urządzenia. W ww. wyroku KIO uznała: Wymóg podania w formularzu asortymentowo-cenowym poza cenami również numeru katalogowego producenta oraz nazwy nie stanowi wymagania wygórowanego.

Jeżeli zamawiający żąda podania w ofercie nazwy producenta oferowanego urządzenia, a wykonawca w ofercie nie poda takiej nazwy, oferta będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

INTERES W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

 Czy wykonawca ostatecznie wykluczony z postępowania, którego ofertę uznano za odrzuconą, może ponieść szkodę w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów Pzp dotyczących oceny innej oferty?

Dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wykazywało tendencję do zawężonego rozumienia pojęcia interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Zgodnie z tym orzecznictwem pojęcie to należy rozumieć w ten sposób, że odwołanie wykonawcy musi być ukierunkowane wprost na uzyskanie decyzji zamawiającego o udzieleniu mu zamówienia. Natomiast wykonawca, którego ofertę odrzucono, i który od tego rozstrzygnięcia się nie odwołał lub też odwołanie zostało oddalone przed rozstrzygnięciem postępowania, uznawany był dotąd za wykonawcę niemającego interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż skutkiem jego odwołania mogłoby być co najwyżej unieważnienie postępowania.

W wyroku z dnia 22 maja 2017 r., sygn. akt: KIO 921/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że opisane w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki materialnoprawne należy traktować w postępowaniu odwoławczym w powiązaniu z sytuacją wykonawcy składającego środek ochrony prawnej i elementarną możliwością uzyskania przez niego danego zamówienia oraz poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku zarzucanych naruszeń prawa.

Odmienne rozumienie regulacji art. 179 ust. 1 Pzp oznaczałoby możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej ze skutkiem jego merytorycznego rozpatrzenia, nawet jeśli podmiot, który zainicjuje postępowanie odwoławcze, pozostaje bez realnej możliwości udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia w kształcie, jaki wynika z zakresu tego zamówienia, dokonanego opisu przedmiotu tego zamówienia itp. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu,

Art. 179
ust. 1 Pzp

Art. 89 ust. 1
pkt 2 Pzp

polegającego na uzyskaniu stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie.


W ocenie KIO dane zamówienie to konkretne zamówienie – konkretny przedmiot świadczenia opisany w części stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, rodzaj i jakość świadczenia, czas i miejsce jego realizacji oraz inne elementy charakteryzujące świadczenie, do którego wykonania zobowiązuje się wykonawca.

Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 3 maja 2010 r., sygn. akt: XIX Ga 148/10, wskazując, że przez interes wykonawcy należy rozumieć szanse na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się z odwołującym, że w wyniku uwzględnienia odwołania dojdzie do unieważnienia postępowania, co otworzy mu drogę do uczestnictwa w kolejnym postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia na dostawę będącą przedmiotem niniejszego przetargu.

W ocenie KIO po unieważnieniu postępowania wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie o wszczęcie kolejnego postępowania o ten sam przedmiot zamówienia. Nie ma bowiem żadnej pewności, że nowe postępowanie zostanie wszczęte na tych samych warunkach. Biorąc pod uwagę powyższe, KIO stwierdziła, że wykonawca ostatecznie wykluczony z postępowania nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów Pzp dotyczących oceny przez zamawiającego innej oferty.

Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, co oznacza, że wykazywana przez odwołującego musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musiałby zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

OŚWIADCZENIE WOLI

 **Wykonawca podpisał imieniem i nazwiskiem formularz oferty na czwartej – ostatniej – stronie, nie zostały natomiast podpisane strony od pierwszej do trzeciej zawierające oświadczenia odnoszące się do ceny oferty, akceptacji wzoru umowy i jej zawarcia na warunkach w niej określonych oraz okresu związania ofertą. Na tych stronach widnieją tylko imienne pieczętki osoby, która reprezentuje wykonawcę. Czy w takim przypadku oferta podlega odrzuceniu?**

Dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu pod dokumentem

obejmującym jego treść. Wymóg własnoręczności podpisu wynika z art. 78 § 1 zdanie pierwsze k.c., zgodnie z którym do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.


Składając podpis na dokumencie obejmującym oświadczenie woli, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych i daje jednocześnie wyraz temu, że dokument ten zawiera nie tylko projektowaną, ale pełną treść oświadczenia, oraz że oświadczenie to jest zupełne i pochodzi od osoby na nim podpisanej.

Artykuł 73 § 1 k.c. stanowi, że: (...) *jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności*.

Brak podpisu osoby, która składa ofertę, powoduje, że oferta nie wywołuje żadnych skutków prawnych i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 i 8 Pzp w zw. z art. 78 § 1 k.c. Nie składając własnoręcznego podpisu pod formularzem oferty oraz pod formularzem cenowym, wykonawca nie zachował formy pisemnej wymaganej pod rygorem nieważności. Odcisk pieczętki imiennej nie jest desygnatem pojęcia własnoręcznego podpisu.

Brak zachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności nie może być w żaden sposób konwalidowany. Skoro konieczną przesłankę ważnego oświadczenia stanowi zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności, to jej niedochowanie powoduje bezwzględnie nieważność czynności prawnej (art. 73 § 1 k.c.). Konstrukcja ta wyłącza zatem dochowanie tej formy po złożeniu oferty.

OFERTA W FORMIE PISEMNEJ

 **Wykonawca podpisał imieniem i nazwiskiem wszystkie strony formularza ofertowego, a nie podpisał stron pierwszej i piątej formularza cenowego, w którym były wyspecyfikowane usługi leśne. W postępowaniu zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, a podstawą jego ustalenia były ceny jednostkowe wskazane przez wykonawcę w wycenionym formularzu cenowym. Czy w takim przypadku można uznać, że oferta została złożona z zachowaniem formy pisemnej?**

Do powyższej sytuacji odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 6 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1586/16. Odwołujący złożył ofertę obejmującą w zakresie merytorycznego oświadczenia woli formularz oferty oraz formularze cenowe na dostawę określonych asortymentów. W każdym z tych formularzy przewidziano wymóg złożenia

Art. 78
§ 1 k.c

Art. 73
§ 1 k.c.

Art. 89
Pzp

podpisu osoby upoważnionej do zaciągania zobowiązań, wskazanie daty i imiennej pieczętki. Jeden z formularzy cenowych nie został opatrzony podpisem, co w konsekwencji oznacza, że nie został sporządzony i złożony w formie pisemnej. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że z uwagi na to, iż przedmiotowy dokument jest częścią oferty w sensie ścisłym, wykonawca – niezależnie od faktu, czy przez niedopatrzenie, czy świadomie – nie sporządził oferty w formie pisemnej.


KIO zwróciła uwagę, że w postępowaniu zamawiający przewidział, iż na ofertę (w części istotnej dla rozstrzygnięcia) składały się: formularz „Oferta”, kosztorysy ofertowe oraz wykaz stawek i narzutów. Formularz „Oferta” zawierał zwyczajowe w przetargach publicznych oświadczenia, m.in. o woli wykonania zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia za cenę w nim wskazaną. Natomiast w kosztorysach ofertowych zostały określone ceny jednostkowe netto, przewidywana liczba poszczególnych prac, a w dalszej kolejności wartość netto, podatek VAT i wartość brutto. Następnie wykonawcy tak wyliczone kwoty przenosili do formularza „Kosztorys ofertowy – zestawienie zbiorcze”, a w końcu do formularza „Oferta”.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: (...) *cena uwidoczniona w formularzu „Oferta” – nawet jeśli stanowi efekt wyczerpienia zawartych w poszczególnych kosztorysach – jest jedynie wartością nominalną zobowiązania zamawiającego służącą do porównania złożonych ofert. Nie zostanie ona wpisana do umowy, gdyż nie stanowi żadnego realnego zobowiązania, z którego którakolwiek ze stron umowy mogłaby wywodzić skutki prawne, jakie przypisane by były wynagrodzeniu z góry ustalonemu i niezmiennemu, np. za jednorazową dostawę pewnych przedmiotów. Tym samym cena ta nie może zastąpić cen jednostkowych podanych w poszczególnych formularzach kosztorysów ofertowych (podobnie jak nie byłaby w stanie zastąpić wskaźników stawek i narzutów).*

Ponieważ zamawiający przewidział, że oferta w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., czyli oświadczenie zawierające istotne postanowienia umowy składała się z formularza „Oferta”, kosztorysów ofertowych oraz wykazu stawek i narzutów, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że konieczne było złożenie w formie pisemnej wszystkich tych części.

Art. 66
§ 1 k.c.

WYNAGRODZENIE KOSZTORYSOWE

 **Czy w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego na podstawie kosztorysu ofertowego zamawiający może ustalać zakres robót, do których realizacji zobowiązuje się wykonawca, składając ofertę?**

Kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy jest sporządzany w formie uproszczonej, czy szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca, składając

Art. 31
ust. 1 Pzp

ofertę. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, to – zgodnie z art. 31 ust. 1 pkt 1 Pzp – opisuje się je za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Istotą przedmiaru robót budowlanych, który wycenia wykonawca, jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. Przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie mają natomiast pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, ponieważ ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty, a nie zobrazowanie jej zakresu.

Zgodnie z art. 649 k.c. w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. W takiej sytuacji trzeba jednak przyjąć, że obowiązkiem wykonawcy jest realizacja umowy na podstawie dokumentacji projektowej, nie zaś kosztorysu sporządzonego zgodnie z jej fragmentem, ponieważ to dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia, a kosztorys co najwyżej wynagrodzenie za jego wykonanie bądź podstawy ustalenia tego wynagrodzenia.

Art. 649
k.c.

Przedmiar robót budowlanych, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego.

Z powyższego wynika zasada nadrzędności projektu budowlanego w stosunku do projektu wykonawczego i przedmiaru robót budowlanych, gdyż projekt budowlany jest dokumentem podstawowym w procesie budowlanym. Oznacza to, że roboty w nim opisane wchodzą w zakres zamówienia podstawowego, nawet jeżeli nie zostały ujęte w projekcie wykonawczym i przedmiarze robót. W konsekwencji wykonanie robót, które zostały przewidziane w projekcie budowlanym, nie wymaga zawarcia z wykonawcą aneksu do umowy podstawowej.

Roboty pominięte w przedmiarze, a ujęte w projekcie budowlanym mogą być zatem realizowane w ramach zamówienia podstawowego i nie mogą być uznane za roboty dodatkowe, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 2 Pzp, lub roboty zamiennie, za które w ramach wykonywanego zamówienia przysługiwałoby odrębne wynagrodzenie. Wykonanie robót, które zostały przewidziane w projekcie budowlanym, a nie zostały ujęte w przedmiarze robót budowlanych, nie wymaga zmiany zawartej umowy o roboty budowlane.

Art. 144 ust. 1
pkt 2 Pzp

Menedżer Produkcji

Jedynе czasopismo na rynku, które w całości poświęcone jest zagadnieniom związanym z zarządzaniem pracownikami na hali produkcyjnej i odpowiada na realne potrzeby zgłaszane przez osoby kierujące pracownikami operacyjnymi.



GOTOWE NARZĘDZIA

które skutecznie pomagają ograniczyć rotację na stanowiskach produkcyjnych w Państwa firmie.

PRZETESTOWANE W RÓŻNYCH ZAKŁADACH ROZWIĄZANIA

w zakresie organizacji pracy, zasad wynagradzania i systemów motywacyjnych.

PRZEJRZyste INTERPRETACJE ZAPISÓW KODEKSU PRACY

z praktycznym odniesieniem do realnych przykładów.

PRZETESTOWANE KOMUNIKATY PERSWAZYJNE

które przekonują opornych i pozwalają osiągnąć zamierzone cele.

POMYSŁY

na stworzenie zmotywowanego zespołu, który będzie realizował wszystkie nałożone na niego cele i wyrabiał normy.

Wejdź na stronę lub skontaktuj się z doradcą

Beata Dulba
tel. 61 66 83 134

beata.dulba@forum-media.pl

www.menedzer-produkcji.pl

SPRAWDŹ

NOWE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Wiążące interpretacje i pełna dokumentacja



**PIERWSZA
NA RYNKU
PUBLIKACJA
ZGODNA
Z PRAWEM
ZAMÓWIEŃ
PUBLICZ-
NYCH**



KOMFORT

tylko my gwarantujemy dostęp do tak szerokiego pakietu narzędzi – wzorcowej dokumentacji, interpretacji przepisów, analiz wyroków, opinii ekspertów.



ZAWSZE AKTUALNA WIEDZA

dzięki nam będą Państwo na bieżąco z nowymi terminami, regulacjami, wyrokami, interpretacjami i aktami wykonawczymi.



BEZPIECZEŃSTWO

dzięki połączeniu wiedzy teoretycznej z praktycznymi narzędziami unikną Państwo prawnych, finansowych i karnych konsekwencji wynikających z błędnych interpretacji nowych przepisów.



OSZCZĘDNOŚĆ CZASU I PIENIĘDZY

dzięki zamieszczonej edytowalnej dokumentacji skrócą Państwo czas przygotowania postępowania, a w ramach abonamentu wyjaśnią wątpliwości z naszymi ekspertami.

www.ekspertzamowienpublicznych.pl